J. pract.
93
h

J. pract.
93 h

Goetze

6

Das neueste

Preußische Civilprozeßgesetz

vom 21. Juli 1846.

Seine Stellung

zur

Prozeßordnung vom Jahre 1793

und zum

gemeinen Deutschen Prozesse.

Von

A. W. Goetze,

Dr. d. R. und Königl. Geh. Ob. Tribunals-Vice-Präsident.

Zweite Auflage.

Berlin.

Verlag von Wilhelm Besser.

1846.

293. A.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Vorwort.

Die Veranlassung zu dieser kleinen Schrift gab das lebhafte Interesse, welches ich an der sehr wichtigen neuen Reform unsers Civilprozesses nehme. Lieb wäre es mir gewesen, wenn es unbekannt geblieben wäre, daß sie von mir herrührt. Es ist das aber nicht zu erreichen gewesen; man hat den Verfasser bald errathen. Einen Grund, mich zu dem Niedergeschriebenen nicht zu bekennen, kann ich sonst nicht haben und so habe ich es denn jetzt vorgezogen, der nöthig gewordenen zweiten Auflage meinen Namen vorzusetzen.

Berlin, den 24. November 1846.

Dr. Goetze.

Die 22. Nummer der diesjährigen Preußischen Gesetzsammlung hat so eben für die Provinzen, in denen die Preußische Gerichtsordnung vom Jahre 1793 zur Anwendung kommt, ein neues Prozeßgesetz gebracht.

Niemand, der die Lage der Dinge übersieht und der Preußischen Justizverwaltung ein ernstes Interesse widmet, kann in Zweifel ziehn, daß zu einem solchen Gesetze ein dringendes Bedürfniß vorhanden war. Den Vortheil hat das Gesetz im Voraus für sich, daß es sich über sein Erscheinen überhaupt nicht erst zu legitimiren braucht.

Aber freilich, das ist noch sehr wenig. Das Gesetz findet — und zwar nicht allein in den Provinzen der Preußischen Gerichtsordnung, auch nicht allein in den Preußischen Landen, sondern überhaupt in Deutschland — alles in Spannung darauf, wie es seine Aufgabe lösen wird, wie bei der Vorberathung, welcher, wie bekannt, so ausgezeichnete Kräfte und so große Sorgfalt gewidmet wurden, das Bedürfniß aufgefaßt sein wird und wo die Mittel der Abhülfe gesucht und gefunden sein werden. Es wird in dieser Hinsicht eine ernste Prüfung zu bestehen haben und seine Legitimation kann ihm hierbei nicht so leicht werden.

Wir unsererseits finden diese Spannung sehr begreiflich, es würde uns sogar nicht unbegreiflich sein, wenn dem längst erwarteten Erscheinen des Gesetzes selbst mit einiger Besorgniß entgegen gesehen wäre.

Seit mehr denn fünfzig Jahren hat Preußen in seinem Prozesse, den es sich nach einem freien und viel mehr als kühnen Entschlusse auf einem ganz neuen Grundprincipe aufgebaut hatte, ein ihm eigenthümliches Institut in lebhaftester Uebung gehabt. Alle seine praktischen Juristen in den ältern Provinzen sind unter dem Einflusse und mit dem Unterricht seiner Gerichtsordnung aufgewachsen, sie sind durch das bestehende Prozeßverfahren ausgebildet, sie hatten sich, namentlich früher, entschieden nur an dieses gewöhnt. Das ganze Institut stand überdies in der lebendigsten Beziehung zur Organisation der Gerichte und anderer Behörden und zu der ganzen Einrichtung und Stellung des Beamten- und Advokatenstandes. — Daß Aenderungen und wesentliche Neuerungen unerläßlich seien, darüber war man freilich einverstanden. Aber — war auch wohl darauf zu rechnen, daß nicht jene langjährige Gewöhnung doch die Unbefangenheit der Auffassungen beeinträchtigen werde; konnte nicht etwa befürchtet werden, daß man den Kreis dessen, zu dem man sich etwa entschließen dürfe, um so leichter doch zu eng ziehen mögte, je übler die Folgen gewesen, die man lediglich oder doch hauptsächlich gerade den viel zu dreisten Entschließungen der 1780ger und 1790ger Jahre beimessen mußte und wie nahe mogten sich nicht wirklich auch in jener Organisation der Gerichte und in andern fest begründeten Einrichtungen, selbst vielleicht in dem, was man der größern Masse des Beamten- und Sachwalter-Standes zutrauen durfte, unabweislich die Grenzen

legen, über welche hinaus zu gehen für jetzt zu den Unmöglichkeiten gerechnet werden mußte. Es konnte ja, wie man mit Recht Fragen der Art jetzt beurtheilt, nicht davon die Rede sein, daß man ohne alle weitere Rücksichten und wiederum mit ganz ungebundenen Entschließungen eine Ordnung der Dinge schaffe, der sich alles Andere fügen müsse, sondern, wie einerseits die vorhandenen Kräfte und das Maaß der Beweglichkeit der Zustände genau zu erwägen waren, so kam es andererseits gerade darauf an, daß das vorhandene Gute und Anerkennbare nicht gestört, die bestehende obrigkeitliche Verfassung nicht ohne Noth alterirt, zugleich aber dennoch jedem reellen Bedürfniß sein Recht und seine sachgemäße Würdigung und Berücksichtigung zu Theil werde.

Und dann, wie wichtig waren die Entschließungen, die gerade jetzt zu fassen waren. So viel war völlig klar, daß das, was jetzt geschah, sich entweder in dem Kreise des gänzlich Untergeordneten und deshalb Bedeutungslosen halten müsse oder daß, wenn es dies, wie zu wünschen und zu erwarten war, nicht that, damit auch klar und bestimmt wenigstens die Entwicklung und wesentlich neue Richtung definitiv festgestellt und angebahnt werden müsse, welche nunmehr der Preußische Prozeß zu nehmen habe. Mit einigem Grunde konnte diese Richtung zwar schon aus der Verordnung vom 1. Juni 1833 abgeleitet werden, dort hatte sie aber doch nur mit sehr vorsichtigen Schritten und, wie damals nöthig und billig, nur mit großer Zurückhaltung begonnen und in diesem Gesetze konnte daher noch keine feste Gewähr dafür gefunden werden, daß man nicht dennoch jetzt, wo die Hauptfragen zu einer definitiven Entscheidung gelangen sollten, Wege einschlagen könne, welche noch einem andern Ziele zuführten. —

Gewiß, es war eine wichtige und eine nicht leichte Aufgabe, die vorlag.

Alles das erzeugte und steigerte im Laufe der Zeit die Spannung und — das Gesetz soll nun gewissermaßen Antwort auf die Frage geben, deren Entscheidung das übrige Deutschland mit dem eignen Lande von der Preußischen Regierung erwartete.

Die Antwort ist nun ertheilt. Wie ist sie ausgefallen?

Wer eine neue, alles umfassende Prozeßordnung, etwa nach dem Maaße der frühern von 1793, oder doch in sich ganz vollständig und erschöpfend, erwartet hat, sieht sich getäuscht. Er findet statt dessen eine wenig umfangreiche Verordnung von 39 Paragraphen, die wohl auf Manchen zunächst den Eindruck machen mögte, als sei damit die dringend nöthige Abhülfe mehr verschoben als beschafft.

Wir sind aber entschieden anderer Ansicht, wir können uns zu unsrer Freude dazu bekennen, nicht nur, daß das Gesetz sehr wesentliche und wichtige Prozeßreformen bringt, sondern auch, daß diese Reformen im Ganzen auf gesunden und richtigen Prozeßprincipien beruhn. Wir finden namentlich, daß gerade die Beschränkung, welche die Verordnung sich für jetzt selbst auferlegt hat, vorzugsweise Anerkennung verdient und können dabei die volle Ueberzeugung aussprechen, daß nicht allein u n g e a c h t e t dieser Beschränkung, sondern gerade mit d u r c h sie der Preußische Prozeß jetzt in einem, durch hinlänglich feste Grundsätze bestimmten Wege einer Entwicklung entgegengeht, die, wenn nicht später störend eingewirkt wird, vielmehr zu rechter Zeit weitere Förderung eintritt, an einem ganz erwünschten Ziele nicht zweifeln läßt. Wir müssen aber vor Allem hervorheben, daß wir den Hauptwunsch, welchen

wir für diese Reform hegten, darin erfüllt gesehn haben, daß mit dem Gesetz der Preußische Prozeß wieder in eine ganz entschiedene innere Verwandtschaft zu dem gemeinen Deutschen Prozesse getreten ist, ein Ereigniß, welches gewiß je länger je mehr mit den allererfreulichsten Folgen verbunden sein wird.

Irren wir in diesen Ansichten nicht, so wäre freilich etwas sehr Wichtiges erreicht.

Wir wollen versuchen, die Gründe, auf denen unsre Ansicht beruht, dadurch näher darzulegen, daß wir in einzelnen Bemerkungen auf die Seiten der Neuerungeu, die uns die wichtigsten erschienen, eingehen.

Wir beabsichtigen also mit dieser kleinen Schrift nur das, Hauptgesichtspunkte, wie sie sich uns dargeboten haben, zu weiterer Prüfung und Erörterung vorzulegen und würden unsern Zweck schon dann erreicht haben, wenn dadurch auch nur ein erster Anstoß gegeben würde, daß der unbedenklich höchst wichtigen neuen Um- und Fortbildung des Preußischen Prozesses von vielen Seiten her ein recht lebhaftes Interesse und in diesem Interesse, besonders von Männern, denen die reichen Schätze Deutscher Prozeßtheorie mehr zu Gebote stehn als uns, eine gründliche wissenschaftliche Bearbeitung gewidmet würde. Gerade diese letztere ist vorzugsweise zu wünschen, damit die neuen Bestimmungen des Gesetzes und die Eigenthümlichkeiten, welche damit dem Preußischen Prozesse jetzt angeeignet werden, möglichst allgemein und vollständig in der innern Stellung, welche sie zu dem ganzen Prozesse überhaupt einnehmen und in allen den Beziehungen klar erkannt werden, in welchen sie namentlich auch zu den zu erwartenden weitern Entwicklungen des Instituts stehen werden.

Das Nachfolgende soll also nur anregend wirken. Wir geben unsre Bemerkungen gern jeder Prüfung anheim.

Soll für die Beurtheilung des neuen Gesetzes ein fester und der richtige Standpunkt gewonnen werden, so ist es unerläßlich, wenigstens mit einigen Zügen den Stand der Preußischen Prozeßgesetzgebung festzustellen, wie er beim Erscheinen des Gesetzes war.

Die sogenannte Untersuchungsmaxime, welche die Preußische Gerichtsordnung als ein neues Prozeßprincip durchzuführen suchte, hatte unbedenklich ein sehr anerkennbares Motiv. Der Richter sollte sich nicht schon dabei beruhigen, daß er zwischen den streitenden Theilen für die von diesen ihm vorgelegten Fragen formales Recht schaffe. Es wurde ihm vielmehr die Aufgabe gestellt, mit allen Mitteln dahin zu wirken, daß wo möglich nie materielles Unrecht in formales Recht übergehe, ihm wurde deshalb die Pflicht auferlegt, selbstthätig und unabhängig von den Anträgen der Parteien in die Tiefen der Sachen einzugehn, und das Recht ertheilt, „sich von der wahren und eigentlichen Bewandniß der Thatsachen zu versichern, den Grund oder Ungrund der in einem Prozesse vorkommenden Thatsachen selbst und unmittelbar zu untersuchen," das Recht, „die Wahrheit auf dem sichersten und zugleich nächsten Wege zu erforschen und auszumitteln." (§ 6, 7 und 10 der Einleitung zur Prozeßordnung.) Der Advokatenstand sollte, als hiebei hindernd, beseitigt werden, der Richter sollte, so viel irgend möglich, unmittelbar mit den Parteien verhandeln und alles, was ihm nöthig war, um seine schwere Aufgabe zu lösen, wurde als in seinen obrigkeitlichen Befugnissen liegend angenommen. —

Wir sagten, das Motiv dieser wichtigen Neuerung an sich war wohl anzuerkennen. Wir können hinzufügen, der Gedanke selbst war nicht ohne innere Wahrheit. Es giebt Verhältnisse, in denen danach immer verfahren ist und immer verfahren werden wird. Ein Vater übt in dieser Weise sein Richteramt bei den kleinen Streitigkeiten zwischen seinen unerwachsenen Kindern, ein Lehrer bei Streitigkeiten unter den Schülern, ein Hauptmann etwa in seiner Kompagnie ꝛc. In solchen Verhältnissen ist das Verfahren auch ganz an seiner Stelle, es ist dies indessen nur deshalb, weil hier der Richter (der Vater ꝛc.) ein sehr ausgedehntes Recht zur Disciplin hat und weil ihm die Aufrechthaltung der Disciplin das Wichtigere ist.

Aber — der hohe Beruf der Obrigkeit, den Streit über Privatrechte durch ihren entscheidenden Ausspruch zu schlichten, ist kein Ausfluß eines Polizeirechts. Die Parteien haben ja freie Disposition über ihre Privatrechte, es wird mit Recht das größte Gewicht darauf gelegt, daß Niemand innerhalb dieser Rechte einem beengenden Zwange unterworfen, daß, so weit er Herr ist, auch seine Herrschaft nicht ohne Noth beschränkt, sondern anerkannt und geschützt wird. Die Leute können ihr Eigenthum verschenken, ihre Rechte ganz aufgeben. Hierin sind sie — der Regel nach — völlig unbehindert. Weshalb sollte ihnen gerade da eine freie Bewegung nach ihrer Ansicht und Ueberzeugung verschränkt werden, wo sie den Schutz des Richters für ihr beeinträchtigtes Recht anrufen, so weit dies überhaupt nur in erlaubter Weise geschieht? Wo liegt der Grund dazu, daß sie dieselben Rechte, die sie ganz aufgeben können, nicht nach ihrem besten Ermessen klagend oder vertheidigend durchführen und nur nach diesem Ermessen

oder nach dem Rathe eines Mannes, zu dem sie nun einmal Vertrauen haben, vor dem Richter sollen geltend machen können? Ist dies Letztere nicht auch eines der Privatrechte, die geschützt und nicht beeinträchtigt werden sollten? Und war es wohl ein richtiger Gedanke, wenn man meinte, dem Richter sei dadurch eine höhere und befriedigendere Stellung angewiesen, wenn ihm nicht nur die Entscheidung der erörterten Sache belassen, sondern auch die Erörterung selbst in der Ausdehnung übertragen wurde, daß er hin und her den einander gegenüberstehenden Parteien seinen Rath und seine Leitung für die Wahrnehmung ihrer Rechte zu Theil werden ließ? Mußte nicht vielmehr das Vertrauen zu dem Richter und sein Ansehn gerade dadurch wesentlich geschwächt werden, wenn die streitenden Theile sahen, daß der Mann, bei dem allein sie Recht suchen konnten und bei dem sie es suchten, den sie aber nicht zu ihrem Rathgeber erwählt hatten, eben so wie ihnen, so auch ihren Gegnern seinen Rath zugehen zu lassen und damit eine Doppelstellung zu übernehmen amtlich genöthigt war, zu der sonst ein Mann, der es mit sich genau nimmt, nie sich versteht, u. s. w.?

Es konnte nicht fehlen, daß die Akklamationen, welche der Preußischen Gerichtsordnung bei ihrem ersten Erscheinen durch ganz Deutschland zu Theil wurden, sich bald minderten, daß man über das anfangs bewunderte neue Princip bald mehr und mehr bedenklich wurde. Das lag in der Natur der Sache.

Die Preußische Gerichtsordnung erwarb sich hierbei, freilich sehr indirekt, wirklich ein großes Verdienst um die Deutsche Prozeßwissenschaft. Gerade in dem Gegensatze gegen sie kam das andere Princip zum Bewußtsein und je länger je mehr zur Durch- und Ausbildung, welches die Wissenschaft

als das richtigere aufzustellen hatte, das Princip, welches man in dem gemeinen Deutschen Prozesse schon klar gegeben fand, welches nun aber in bestimmterer und festerer Auffassung auch konsequenter durchgeführt wurde. Gönner gab ihm den Namen der Verhandlungsmaxime.

Wir können die Akten über die Frage, welcher jener beiden Maximen (Principien) wissenschaftlich der Vorzug zu geben sei, in der Hauptsache (Nebenfragen würden vorbehalten bleiben müssen) wohl für geschlossen und die Entscheidung der Wissenschaft für die Verhandlungsmaxime als eine solche annehmen, deren Rechtskraft (wenn wir so sagen dürfen) mit Grunde nicht mehr in Frage gestellt werden kann.

Den Grundcharakter dieses Princips wollen wir mit den Worten eines neuern Prozessualisten*) wiedergeben:

„Der Kernpunkt bei allen Prozeßinstitutionen ist die Stel-„lung des Richters, die Bestimmung und die Grenze seines „Wirkungskreises. Bei dem Civil-Richter handelt es sich nun „Erstens von Privatrechten, über welche, wenn nicht staats-„rechtliche Hindernisse eintreten, die Parteien ohne Einschrän-„kung zu verfügen berechtigt sind, sei es, indem sie ursprüng-„lichen Verbindlichkeiten neue hinzusetzen oder davon abnehmen, „oder sie ganz umgestalten. Diese Freiheit muß demnach den „Parteien unverkürzt erhalten und kann durch die Dazwischen-„kunft eines Dritten, selbst des Richters, nicht gestört werden. „Zweitens. Das Recht ist den Wachenden geschrieben; „der gerichtliche Prozeß vertritt die Stelle der natürlichen „Rechtsverfolgung und stellt einen geregelten Kriegszustand „dar. Es ist also Sache einer jeden Partei, für die Erhaltung

---

*) Heffter, System des Civil-Prozeß-Rechts, zweite Ausgabe (1843) S. 4 u. 5.

„oder Vertheidigung ihres Rechts selbst besorgt zu sein. Jede „Einmischung des Richters in dieses gleiche kriegerische Verhältniß, so weit sie nicht formelle Erleichterung des Prozeßgangs ist, oder offenbare Ungleichheit in der Stellung der „beiderseitigen Theile ausgleicht, muß als unrechtmäßig erscheinen. Drittens. Der Richter kann das streitige Rechtsverhältniß nur in seiner Objectivität, wie es ihm von den „Parteien vorgelegt wird, aufnehmen, eines Theils, weil er „seine Subjectivität nicht den Parteien aufdringen und die „ohnehin in der Regel zwistige Subjectivität der Parteien „nicht zu der seinigen machen, meist auch nicht ergründen „kann; andern Theils, weil er nach dem Obigen die Novationsbefugnisse der Parteien nicht beschränken darf."

Im Resultat kommt es mit dieser Ansicht in folgender Art zu stehen:

Der Richter hat sein civilrichterliches Amt, wie nur auf Anruf der Parteien, so auch nur in so weit zu verwalten, als es angerufen ist. Er hat nur über die Fragen zu entscheiden, welche die Parteien ihm vorlegen und nur über die Thatsachen, welche sie aufstellen. Das Material seiner Entscheidung ist lediglich der Thatbestand, welcher sich aus den gegenseitigen Behauptungen der Parteien und aus den darüber beigebrachten Beweisen bildet. Der Richter ist eben nur Richter zwischen freien Parteien und nicht Verwalter ihrer Gerechtsame. Er muß sein ernstes Amt rein halten von aller fremdartigen Vermischung und deshalb genügt und befriedigt seine Entscheidung, sofern sie auf solcher Grundlage beruht, selbst dann, wenn auch die streitenden Theile im Gebrauche ihrer Freiheit vorhandene Angriffs- oder Vertheidigungsmittel unbenutzt gelassen haben. Daß sie sie unbenutzt gelassen,

steht lediglich zu ihrer Verantwortung, nicht zu der des Richters. —

Judicio contrahitur. —

Gegen diese Grundsätze stößt die Preußische Prozeßordnung an und ihr Princip wird daher von der Wissenschaft jetzt als unrichtig und verfehlt angesehn.

Daraus allein aber würde freilich noch nicht folgen, daß man sich zu durchgreifenden Reformen zu entschließen habe. Das würde noch nach andern Gründen zu prüfen sein. Vor Allem kam es darauf an, nach den Resultaten zu fragen. Legte die Preußische Prozeßordnung dem Richter weiter gehende Pflichten auf, als der gemeine Deutsche Prozeß, so hatte er ja danach auch mehr zu leisten und mehr geleistet, und das wäre ja wenigstens in so weit etwas Gutes, was durch die der Theorie nach verschobene Stellung des Richters vielleicht nicht zu theuer erkauft wäre.

Es fragt sich also: hat auch die Ausführung der Theorie der Preußischen Prozeßordnung zu Bedenken geführt und zu welchen?

Der Ernst der Sache macht es unerläßlich, gerade diese Frage besonders scharf ins Auge zu fassen. Ihre Beantwortung könnte zu einer ganzen Reihe der interessantesten Untersuchungen Anlaß geben. Wir müssen uns hier aber auf Weniges beschränken.

Zunächst könnte die Behauptung aufgestellt werden, von einer Durchführung des Princips der Preußischen Prozeßordnung und von Resultaten dieser Durchführung könne schon deshalb nicht die Rede sein, weil das Princip an sich ein nicht durchführbares sei. Soll der Richter sich nicht dabei beruhigen dürfen, den Parteien nach Maaßgabe des von ihnen

ihm vorgelegten Materials das Recht zu sprechen, ist ihm vielmehr die Pflicht auferlegt, selbstthätig auch das rechte und richtige Material zu schaffen, hat er also nicht bloß die Wahrheit des ihm Gegebenen vor sich darthun zu lassen, sondern ist er verantwortlich dafür gemacht, daß durch seine Thätigkeit und Einwirkung die thatsächliche Grundlage des Rechtsfalles selbst mit allen ihren Modifikationen klar zu Tage gelegt werde, so liegt zunächst auf der Hand, daß eine völlig befriedigende Lösung dieser Aufgabe im Allgemeinen hin unmöglich, daß sie immer nur eine relativ mögliche ist. Für die Gewähr, daß ein Mensch in solchen Fällen wirklich und ohne Fehl den Kern der Wahrheit finde und treffe, gehn ihm die Mittel ab. Alle ihm zu Gebote stehenden mehren ihm nur die Wahrscheinlichkeit, die absolute Gewißheit bleibt ihm unzugänglich, denn selbst das Einräumen einer gegentheilig behaupteten Thatsache bringt diese zwar unter den Parteien außer Streit, giebt aber keineswegs dem Richter die unbedingte Gewißheit, daß er auf völlig haltbarem Grunde angelangt ist.

Der Vorwurf, daß in dieser Hinsicht die Gerichtsordnung etwas Unausführbares gefordert habe, trifft sie aber dennoch nicht. Der § 10 der Einleitung redet nur davon, der Richter „solle sich bemühen, die Wahrheit zu erforschen" und nach § 20 ibid. kann er sich dann beruhigen, wenn er „alle dazu vorhandenen Mittel erschöpft hat."

Zu einer sehr bedenklichen Differenz zwischen den Resultaten des Verfahrens nach den beiden verschiedenen Maximen führt aber doch schon diese Auffassung der Sache.

Mit der Verhandlungsmaxime hat der Richter — in den Anführungen der Parteien — eine ganz scharf be-

grenzte Grundlage seiner Prüfung und Entscheidung; für den Richter nach der Preuß. Gerichtsordnung ist diese dagegen im Allgemeinen eine völlig unbestimmte, eine immer nur in concreto bestimmbare. Die Art ihrer Feststellung bleibt von vielen Zufälligkeiten und daneben von der Fähigkeit, der Aufmerksamkeit, der Sorgfalt und der Rechtsbildung des Instruenten wesentlich abhängig. Ist nur dann das Ziel erreicht, wenn alle „vorhandene" Mittel zur Aufklärung der Sache erschöpft sind, so bleibt, in so weit die Parteien die Sache nicht unter sich außer Streit gesetzt haben, immer mehr oder weniger Grund zu der Besorgniß, es mögte etwas versäumt sein. Schon dem Instruenten ist es für viele Fälle sehr schwer gemacht, zu der Ueberzeugung zu gelangen, er habe alles treulich ausgekauft, was zu seiner Pflicht gehörte, wie viel schwerer muß es dem Richter sein, der auf Grund der Instruktion eines Andern erkennen und diese Instrnktion dabei selbst prüfen soll, dessen gewiß zu werden, daß ihm die Sache wirklich so vorliegt, wie sie ihm vorliegen sollte. — Das folgt schon aus dem Principe des Verfahrens.

Wie war es aber in der Praxis? — Wenn die Preuß. Gerichtsordnung dem Richter so ausgedehnte Rechte in die Hand und so wichtige Pflichten auferlegte, wie sie mit der Untersuchungsmaxime verbunden sind, so ging sie von der Voraussetzung einer ganz besondern Tüchtigkeit und Zuverlässigkeit des Mannes aus. Man lese nur die ausführlichen, in alles mögliche Detail eingehenden Anweisungen, welche in den §§ 22 bis 40, Tit. 3 Th. III. der Allgem. Gerichtsordnung den „instruirenden Räthen" gegeben werden, wie ihnen da anbefolen ist, unter Umständen neben der Instruktion

des Prozesses ein gründliches Studium der einschlagenden Theorie hergehn zu lassen, welche Umsicht, welche Sorgfalt, welcher Fleiß dabei in Anspruch genommen, wie dem Präsidenten zur Pflicht gemacht ist, alle Instruktionen im Laufe der Bearbeitung im Auge zu behalten und nachzusehen, auch den Räthen, welche dabei etwa nicht genug Geschick oder eine „übertriebene Aengstlichkeit" bewiesen, die Instruktion abzunehmen und, wenn einem Rathe mehrmals eine Instruktion verunglückt sei, die Entlassung eines solchen untüchtigen Mannes zu erwirken. Es ist klar, die Redaktoren dachten sich unter einer solchen Instruktion eine Art Kunstwerk, eine Arbeit, welcher die besten Kräfte und der ausdauernste Fleiß eines ausgezeichneten, überdies noch streng überwachten Juristen gewidmet waren.

Hätte das in dem Maaße zur Durchführung gebracht werden können, so wäre das vorher aus dem Principe abgeleitete Bedenken wohl zu übersehen gewesen. Aber es war nicht durchzuführen, die Durchführung war namentlich bei den Obergerichten eine völlige Unmöglichkeit. Man weiß nicht, was man zu den unglaublichen Voraussetzungen sagen soll, von denen die Redaktoren der Gerichtsordnung und anderer Gesetze aus jener Zeit ausgingen. In der Depositalordnung von 1783 waren den Mitgliedern der Kollegien Verpflichtungen aufgelegt, nach denen unter andern zwei derselben jede Woche an einem oder auch zweien Tagen den ganzen Vormittag oder noch längere Zeit zu Subalterndiensten zu verwenden hatten; die Hypothekenordnung von demselben Jahre hatte ihnen die Bearbeitung einer der complicirtesten und verantwortlichsten Einrichtungen gebracht, welche nur mit der angestrengtesten Thätigkeit und der größten Sorg-

falt der dazu Berufenen durchgeführt werden konnte, dazu kam das auf das kleinste Detail eingehende Obervormundschaftswesen, die ermüdende und geisttödtende Leitung des Kassenwesens u. s. w. und neben alle dem sollten die Räthe die Prozeßinstructionen in einer Art bearbeiten, die etwa ausführbar gewesen wäre, wenn z. B. das Kammergericht statt seiner 2100 kurrenten Prozesse etwa 200 gehabt hätte und wenn die ohnehin mit Dekretiren und Referiren, mit den Aufsichtssachen u. s. w. reichlich beschäftigten Räthe von allen vorher erwähnten Nebengeschäften befreit geblieben wären. Niemand ist zu einem Aburtheilen darüber berufen, daß die Räthe sich den Instruktionen entzogen, daß diese ihnen, etwa ganz seltne Fälle abgerechnet, vom Präsidenten bald gar nicht mehr übertragen wurden. Es war eben eine Unmöglichkeit, daß sie sie übernahmen; aber — was an die Stelle trat und im Drange der Umstände an die Stelle treten mußte, war doch etwas überaus Uebles. Die Instruktionen, an welche so sehr große Anforderungen gemacht wurden, mußten jungen, theilweis völlig ungeübten Leuten überlassen werden. — Es kommt hier nur darauf an, aus dem Gange der Sache für das Princip ein Resultat zu ziehen und wir gehen daher auf die höchst beklagenswerthen Folgen, die jene abgedrungene Maaßregel hatte, hier nicht weiter ein.

Ein anderes muß aber noch erwähnt werden; die Stellung der Justizkommissare, denen man mit Recht den Namen der Advokaten beizulegen Bedenken trug.

Weil das ganze Prozeßverfahren in der Hand des vom Präsidenten beaufsichtigten instruirenden Raths liegen, weil diesem zur Erfüllung der ihm gestellten Aufgabe nicht nur eine möglichst hohe, sondern vor Allem eine völlig freie Stellung

eingeräumt werden sollte, so war neben diesem Richterstand natürlich ein unabhängiger Advokatenstand nicht zu gebrauchen und nicht zu dulden. Die Justizkommissare wurden vom Instruenten ganz abhängig gemacht, es wurde ihnen ein durchaus untergeordneter Beruf angewiesen. Der Instruent soll sie den Umständen nach mit „bestimmter Anweisung" versehen, worüber sie Information einzuziehn haben (§ 14, Tit. 10 Prozeßordnung); der Regel nach sollen sie gar nicht zur Vertretung der Partei zugelassen werden, nur „in klaren Schuld- und andern dergleichen Sachen, bei welchen sich gleich von Anfang an voraussehen läßt, daß es dabei entweder gar keiner, oder doch nur einer sehr einfachen und nicht verwickelten Instruktion bedürfen werde," soll eine Ausnahme gemacht werden dürfen (§ 8, Tit. 3 Prozeßordnung), sobald aber die Sache etwas verwickelt wird, soll die Erlaubniß der Vertretung zurückgenommen werden können (§ 9 ibid.); war die Vertretung unvermeidlich, so sollen die Gerichte erwägen, ob sie nicht durch einen auswärtigen Kommissar die Information für den Justizkommissar aufnehmen lassen wollen, „damit der Endzweck einer vollständigen und gründlichen Instruktion erreicht werde (§ 7 ibid.) u. s. w."

So tief wurde das wichtige Amt der Sachwalter herabgedrückt, so höchst untergeordnet war die Stellung, welche ihnen die Gerichtsordnung anwies.

In der Natur der Sache lag es, daß es auch dabei nicht bleiben konnte. Die Justizkommissare waren keine Subalternbeamte und konnten, wo eine Partei ihnen ihre Sachen anvertraut hatte, sich nicht damit begnügen, wie eine Art Kommissionaire lediglich nach fremdem Urtheile zu fungiren. Jedermann mußte es anerkennen, wenn sie selbstständiger,

tiefer, lebhafter auf die Sachen eingingen, jeder fand es billig und recht, daß ihnen dazu Raum gewährt werde.

Alles kehrte sich um.

Die Referendarien und Auskultatoren konnten natürlich den ältern, erfahrenern und gewiegtern Justizkommissaren gegenüber die Stellung nicht behaupten, welche sie als Instruenten nach der Gerichtsordnung einnehmen sollten. Wo alles sich in dem Maaße anders gestaltet hatte als vorausgesetzt war, wurde das untersagte „Diktiren und Recessiren der Sachwalter" eher eine Wohlthat für die Sache. Wie die Instruenten an Selbstständigkeit verloren, so gewannen daran die Mandatare der Parteien. Je weniger jene bei der immer mehr anwachsenden Masse der Prozesse im Stande waren, die ihnen gestellte Aufgabe genügend zu lösen, um so mehr mußte sogar gewünscht werden, daß der Zutritt der Justizkommissare zu den Sachen immer allgemeiner würde und daß sie ihren Beruf für die Sachen auch in seiner innern Bedeutung erweiterten u. s. w.

Die Folge war, daß *wenigstens von den Kollegien das Princip der Gerichtsordnung der Sache nach wirklich als undurchführbar aufgegeben wurde.*

Man konnte, wenn eine scheinbar ungenügende Instruktion vorlag, in den Kollegien wohl schon die Aeußerungen hören: „das hätte die Partei anführen müssen, darauf hat sich Verklagter nicht berufen," allenfalls mit dem Zusatze: er hat ja einen Sachwalt." Nur bei den Untergerichten, und wenn die Parteien in Person erschienen, blieb eine größere Verwandtschaft des Verfahrens mit der Idee der Gerichtsordnung, am vollständigsten bei den alten, geübten Einzelrichtern. Bei den Obergerichten konnte sich als Rest nur das Bewußtsein

der Befugniß erhalten, von Amtswegen tiefer und weiter auf die einzelne Sache einzugehn, wenn dies nöthig oder angemessen erachtet wurde. In welchem Grade davon neuerlich im Allgemeinen Gebrauch gemacht ist, wagen wir nicht zu bestimmen. —

Also die Maxime der Gerichtsordnung existirte zuletzt für einen großen Bereich der Prozeßsachen und durchschnittlich für die wichtigsten im Ganzen nur noch dem Namen nach. Der Sache nach hatte sie als für diese Fälle unhaltbar und undurchführbar einer innern Nothwendigkeit nachgeben und weichen müssen.

Ein Obergerichts-Präsident stellte mit dieser Auffassung der Sache im Jahre 1840 die Frage: „welches andere und modifizirte Princip wohl als das anzusehen sei, welches sich im Laufe der Zeit dem in der Gerichtsordnung aufgestellten substituirt habe?" Er meinte, eine nähere Prüfung werde ergeben, daß die Praxis sich nach innerer Nothwendigkeit schon längst in großen Schritten der Verhandlungsmaxime wieder zugewandt habe. Gewiß hatte er recht. Aber dies Wiederzuwenden zu jenem andern Principe war nicht die Folge einer freien, einer nach bewußten Gründen freigewählten Entwicklung, überhaupt nicht Folge einer Wahl. Es deutete sich in dem, was bei dem Verfall des in der Prozeßordnung Gewollten, im Drange der Umstände von selbst sich an die Stelle setzte, mehr nur eine R i c h t u n g an, welche die Sache nach jener innern Nothwendigkeit entschieden nehmen müsse. Der Praxis allein konnte ohnehin bei solchen rein formalen Fragen nicht die Kraft beiwohnen, die alte, positive Norm zu beseitigen und ein Neues als ein Fertiges und konsequent Durchgeführtes zu bilden.

Und so war denn die Lage der Dinge vor jetzt 14 Jahren. Die Gerichtsordnung stellte einerseits den Gerichten Anforderungen, die gerade die größten und wichtigsten von ihnen nicht erfüllen konnten und sie hinderte sie anderseits, sich selbst neue und angemessene Anforderungen zu schaffen. Je mehr es ein Mitglied eines Obergerichts mit seinem wichtigen Berufe treu zu nehmen suchte, um so mehr mußte es sich in diesem Zwiespalt unbefriedigt und gedrückt fühlen. Jene Anforderungen der Gerichtsordnung standen ihm immer, wenigstens wie eine Mahnung, wie ein Vorwurf, gegenüber, und von allen Seiten her waren ihm die Mittel entzogen, der Mahnung Genüge zu leisten und den Vorwurf abzuwenden. Es trat je länger je mehr ein allgemeines Gefühl des Unbehagens, ein dringendes Verlangen nach Abhülfe hervor.

Als erste Befriedigung dieses Verlangens erschien die Verordnung vom 1. Juni 1833. Wir gehn hier nicht näher auf das ein, was schon durch dieses Gesetz erlangt wurde. Dazu wird sich später mehrfach geeignetere Gelegenheit finden.

Im Allgemeinen können wir nicht verhehlen, daß nach unsrer Ansicht das — überdies nur für einen Theil und gerade für den minder wichtigen Theil der Prozesse — damals eingeführte Verfahren nicht ohne Unvollkommenheiten war; wir müssen aber aus voller Ueberzeugung bekennen, daß damit ein ganz entschiedener Schritt zu einem ungleich bessern Zustande geschehen war. Mit vollem Rechte ist den Männern, aus deren Berathung diese Wendung der Dinge hervorging, der lebhafteste Dank zu Theil geworden. Die Mängel wurden gern übersehen in Vergleich zu der Lage, in die sich bis dahin namentlich die Kollegien versetzt gesehen hatten und aus der sie nun wenigstens für einen nicht unbedeutenden

Theil ihrer Prozeßsachen befreit waren. Für die andern, für die wichtigern Sachen dauerte aber jener frühere Zustand fort. Der Gegensatz zwischen dem alten und neuen Verfahren trat täglich vor Augen. Er wurde nun um so mehr ein bewußter. Hatte man sich früher vielleicht mehr in unbestimmten Eindrücken unbefriedigt gefühlt, so übersah man nun klar und in seinen Gründen, weshalb dies nicht anders hatte sein können. Immer lebhafter und immer allgemeiner wurde der Wunsch laut, daß man auf dem betretenen Wege weiter fortgehn möge. Gerade die wichtigern Prozeßfälle, meinte man, machten eine ähnliche Abhülfe um so nöthiger. —

Dreizehn Jahre sind seitdem verflossen. Jetzt geschieht ein zweiter Hauptschritt. Wir fassen diesen, die Verordnung vom 21. Juli 1846, nunmehr näher in's Auge.

In der

Einleitung des Gesetzes

nimmt unsere Aufmerksamkeit zunächst die Art und Weise in Anspruch, wie die Verordnung sich ihre Aufgabe selbst stellt.

Mit „Berücksichtigung der bei Ausführung der Verordnung vom 1. Juni 1833 gemachten Erfahrungen" soll dem darin angeordneten Verfahren

1) eine erweiterte Anwendung und
2) eine vervollständigte Ausbildung, jedoch
3) nur in so weit gegeben werden, als dies jetzt schon zulässig erschienen.

Die Ausdehnung, welche dem Prozesse der Verordnung von 1. Juni 1833 mit seiner mündlichen Verhandlung im § 1 gegeben ist, kann im Ganzen als eine allgemeine, jeden-

falls als eine genügende angesehn werden. Der Bagatellprozeß (§ 28) ist von den neuen Bestimmungen nicht ausgenommen, sondern hat gerade durch sie eine neue Konstruktion erhalten. Neben den bei den Generalkommissionen und andern derartigen Behörden anhängigen und nach Specialregeln zu bearbeitenden Auseinandersetzungssachen (§ 38) ist nur das Verfahren in Ehesachen im Wesentlichen unverändert geblieben (§ 29). Darüber war bereits ein besonderes Gesetz (vom 28. Juni 1844) ergangen. Die im letzten Satze des § 29 erwähnten besondern Prozeßarten sind schon in erster Instanz, so weit die Sachen in die Formen des ordentlichen Prozesses zu bringen waren, unbedingt aber für die folgenden Instanzen den regelmäßigen Bestimmungen des Gesetzes unterworfen, und jedenfalls finden diese für alle einfache, bei den ordentlichen Gerichten anhängige Civilprozesse Anwendung.

Es fragt sich aber, wie es wohl aufzufassen, wenn auch die vervollständigte Ausbildung im Voraus als eine absichtlich beschränkte, als eine solche bezeichnet ist, mit der man sich habe begnügen müssen, weil für jetzt nicht weiter zu gehn gewesen sei.

Es lassen sich manche Ansichten daran anknüpfen.

Eine recht beachtungswerthe Erscheinung ist es, daß dem Prozesse der Preußischen Gerichtsordnung in den 50 Jahren, während welcher er in Übung gewesen, niemals eine ihm ausschließlich gewidmete, umfassende wissenschaftliche Bearbeitung zu Theil geworden ist. Man hätte gerade das Gegentheil erwarten sollen. Das neue Grundprincip, die neue Theorie enthielt ja einen so großen Anreiz dazu, zumal in einer Zeit, in welcher der gemeine Deutsche Prozeß in solcher

Ausdehnung und mit so lebhaftem Interesse immer auf's Neue den gründlichsten wissenschaftlichen Untersuchungen unterworfen wurde. Aber es geschah nichts der Art. Wo auch dem Preußischen Prozesse solche wissenschaftliche Erörterungen zugewandt wurden, da geschah dies eben nur in Auffassung und Darlegung jenes Gegensatzes, wie z. B. in dem größern Mittermaier'schen Werke*), und hauptsächlich im Interesse der Theorie des gemeinen Prozesses. In neuerer Zeit erschienen nur kleinere Schriften (wir heben vorzugsweise die Gaertner'sche hervor), welche näher auf das Princip der Preußischen Gerichtsordnung eingingen, nicht aber um dasselbe weiter zu begründen, sondern nur um es anzugreifen und als wissenschaftlich unhaltbar darzustellen. Wenige übernahmen die Vertheidigung.

Uns scheint jene auffallende Erscheinung aber recht wohl erklärlich. Was zu einer wissenschaftlichen Bearbeitung anregen soll, muß einer ernsten wissenschaftlichen Prüfung Befriedigung gewähren und ihr Stich halten. Dies that das Fundamental-Princip der Gerichtsordnung schon an sich nicht, noch weniger aber in der Art wie es in der Prozeßordnung selbst durchgeführt war. Es fehlte da vielfach die innere Konsequenz. War es wirklich der Beruf des Richters, von Amtswegen die wahre Sachlage bis zu eigner Ueberzeugung zu ermitteln, oder doch „alle hiezu vorhandene Mittel zu erschöpfen", so trat mit diesem Grundsatze schon jedes Kontumazialverfahren in Widerspruch, zumal ein mit der

*) Der gemeine Deutsche bürgerliche Prozeß in Vergleichung mit dem Preußischen und Französischen Civilverfahren und mit den neuesten Fortschritten der Prozeßgesetzgebung von Dr. C. J. A. Mittermaier. Bonn bei A. Marcus.

affirmativen Litiskontestation verbundenes, wie die Prozeßordnung es einführte. Selbst die Rechtskraft der Urtel läßt sich von dem Principe des Untersuchungsverfahrens aus nicht ohne Grund angreifen. Ueberall mögte der Nachweis nicht schwer sein, daß die Hauptgrundlage des Preußischen Prozesses doch der gemeine Deutsche Prozeß geblieben und daß das neue Princip in diesen zwar hineingedrungen war, keineswegs aber ihn durchdrungen und keineswegs den Prozeß zu einer solchen Umbildung verarbeitet hatte, daß damit eine neue, in sich vollendete Prozeßtheorie gewonnen war. So traten wissenschaftlich die Aenderungen der Preußischen Prozeßordnung mehr nur als Einzelheiten hervor, die oft des innern Zusammenhangs mit dem Uebrigen entbehrten, also als Willkührlichkeiten, die als solche sich in sich abschlossen, die keine weitern Ableitungen zuließen und an die sich daher wissenschaftlich nicht anknüpfen ließ.

Wie sehr war aber dieser Stand der Dinge zu bedauern. Die Wissenschaft wandte sich dem Preußischen Prozeß nicht zu und die — überdies vielfach überlasteten — Preußischen Richter entbehrten der Aufforderung und Anregung, sich ihrerseits der Wissenschaft des Prozesses zuzuwenden. Zwischen den regen Erörterungen, zu denen diese in Deutschland immer auf's Neue bereit war und aus denen sie mit immer neuem Gewinne hervorging und dem Preußischen Prozesse war keine nahe liegende Vermittlung, jedenfalls keine lebendige Beziehung. Der letztere nahm einstweilen nicht Theil an der reichen Ausbeute, welche die Theorie — zum Theil als klar fertige und vollendete Arbeit — brachte und mußte darauf warten, daß das Hinderniß durch Legislation gehoben, daß er von der unrichtigen Grundlage weggehoben und daß ihm

die Thüren zu freiem Verkehr mit der Wissenschaft geöffnet wurden.

Nirgend ist es nöthiger, als in der Prozeßtheorie, daß von einfachen, durchaus haltbaren, unverschobenen Fundamentalsätzen ausgegangen und deren konsequente Durchführung gefördert oder doch nicht gehindert wird. Wo das ist, da findet sich der Jurist und der Richter auf festem, sicherm Boden, da entwickelt sich das Detail der Theorie dem einfachen, nur gut ausgebildeten, nur nicht irregeleiteten Sinne von selbst, da gehört diese Entwicklung zunächst und recht eigentlich gerade zu dem Berufe der Juristen und Richter, die nicht nach einem neuen Gesetze zu verlangen brauchen, wo es darauf ankommt, aus dem folgerichtig auferbauten Ganzen eine neue Ableitung zu machen, welche eben in allen ihren Vorbedingungen und mit allen ihren Grenzen wie ihrem ganzen theoretischen Inhalte nach schon in dem Ganzen liegt und nur erkannt, nur zu Tage gefördert sein will.

Die wichtigsten Grundsätze des gemeinen Deutschen Prozesses haben ursprünglich nicht ein legislatives, sondern ein durch Praxis belebtes wissenschaftliches Fundament.

Die vorzugsweise wichtige Eventualmaxime, welche der Römische Prozeß nicht kannte, verschaffte sich zuerst durch die Praxis der geistlichen Gerichte Geltung und war in dem Sächsischen Prozesse schon zur Anerkennung gekommen, bevor sie der jüngste Reichsabschied zur gesetzlichen Regel erhob.

Die Lehre vom Beweisinterlokut und seiner eventuellen Rechtskraft, durch welche der gemeine Prozeß in gewisser Art seine innere Vollendung erhielt, die aber freilich in einer wohl viel zu leichten Auffassung der Sache von mancher neuen Prozeßgesetzgebung gering geachtet und wieder verworfen

ist, hat lediglich im Gerichtsgebrauche ihre erste Anregung und ihre ganze Ausbildung erhalten.

Die interessante Theorie von den gegen Kontumazialurtel zulässigen Rechtsmitteln hat sich lediglich durch die Wissenschaft, aber auch hier zuletzt zu einer vollen Klarheit und innern Evidenz durchgebildet.

Ja das Grundprincip des gemeinen Deutschen Prozesses selbst ist ja nur von der Wissenschaft erkannt und von ihr zur Durchbildung gebracht.

Nichts würden wir höher stellen, als wenn die Preußische Prozeßlegislation die verfehlten Richtungen zu beseitigen und richtigen den Weg zu eröffnen bemüht wäre, sich dessen aber enthielte, Theorien aufzustellen, oder sie gar in alle Kleinheiten hinein aus- und durchzubilden; wenn sie der Wissenschaft Raum schaffte, aber auch Raum ließe und wenn sie den Entschluß, einen Prozeßrechtssatz in einem Gesetze auszusprechen, nicht davon allein abhängig machte, daß sie ihn für richtig hält, sondern ganz wesentlich mit davon, daß er sich in andrer, lebendigerer Weise nicht bilden kann, daß völlig unabweisliche Gründe zu einem legislativen Einschreiten vorliegen. Die Prozeßlegislation hat ihren klaren und wichtigen Beruf in den von den Gerichten zu befolgenden Bestimmungen. Die Auffindung der theoretischen Grundlage, die Aus- und Fortbildung der Theorie überhaupt ist Sache der Wissenschaft, zu deren Berufe es namentlich auch gehört, in Gemeinschaft mit der Praxis die Konsequenzen richtig zu ziehn und die Fragen, die demnächst etwa eine legislative Lösung unerläßlich machen, hiezu zur Reife zu bringen.

Es fragt sich aber, hat der obige in der Einleitung der Verordnung vom 21. Juli 1846 mit ausgesprochene Satz

etwa auch den Grund, daß man dieser Ansicht gefolgt ist? Wir wissen es nicht. Wird es mit den Worten der Einleitung genau genommen, so kann dies nicht daraus abgeleitet werden. Mit großer Befriedigung müssen wir aber einräumen, daß aus der ganzen Fassung des Gesetzes eine so wünschenswerthe Ableitung wirklich zu machen ist.

Wir machen zunächst auf Geringfügigeres aufmerksam.

Es ist in dem Gesetze zum erstenmale von Repliken und Dupliken, als von geschlossenen Prozeßsätzen die Rede, es wird aber nicht theoretisch festgestellt, was eigentlich eine Replik und Duplik sei. Die kurzen Regeln, welche dafür gegeben sind, waren zur Regulirung des Prozesses nöthig und mußten legislativ aufgestellt werden. Eine Theorie über Repliken giebt weder das Gesetz, noch ist sie in den frühern Preußischen Prozeßgesetzen zu finden. Die Gerichtsordnung kennt sie nicht als eigne Prozeßsätze und in der Verordnung vom 1. Juni 1833 kommt ihr Name nicht einmal vor. Dennoch ist die Sache keineswegs ohne allen Zweifel. Auch Ungeübten ist das zwar bald klar, wie die Replik zur Einrede und die Duplik zur Replik sich stelle, das Verhältniß der Replik zur Klage und der Duplik zur Einrede verlangt aber schon eine tiefer gehende Auffassung. Ueber alles dies wird nichts gesagt und mit Recht; es ist das Sache der Theorie, die nicht gebunden werden darf.

Eben so ist es mit der hier zuerst erscheinenden Einführung und Rechtfertigung der Rechtsmittel bei dem Oberrichter, die angeordnet werden mußte, wenn sie stattfinden und mit rechtlichen Folgen verbunden sein sollte, für die sich nun aber eine bewußte Theorie erst auszubilden hat.

Mehr aber, als alle solche Einzelheiten, spricht für jene Ansicht der Redaktoren des Gesetzes der wichtige Umstand, daß mit ihm der Hauptgrundsatz der Gerichtsordnung, die Untersuchungsmaxime, nun definitiv fällt. Er ist mit der weiter ausgebildeten Eventualmaxime, mit dem freigelassenen Verfahren erster Instanz in vier Schriftsätzen und mit der schriftlichen Verhandlung der höhern Instanzen völlig unvereinbar. Die Verhandlungsmaxime wird damit durchgreifender Grundsatz des Preußischen Prozesses — und dennoch wird dies nicht ausgesprochen, den theoretischen Sätzen der Prozeßordnung v. 1793 wird keine neue Theorie gegenübergestellt. Jene werden durch positive, für das Verfahren gegebene Vorschriften unbrauchbar gemacht, der neuen Theorie, die nicht Gegenstand eines Befehls sein kann und so weit sie sich von selbst ergiebt, nicht befohlen zu werden braucht, und ihrer Entwicklung wird dagegen nur Raum verschafft und gewährt.

Wir sagten oben, die Ansichten der Zeit hätten der Preußischen Regierung eine ernste Frage vorgelegt, auf welche das neue Gesetz die Antwort sei; hier müssen wir hinzufügen, die Regierung antwortet zum Theil mit der ihrerseits vorgelegten und an ihre Richter und Juristen gerichteten Frage, wie diese nun das ihrer Intelligenz, ihrem treuen Eifer anvertraute wichtige, nur in seinen praktischen Bestimmungen gegebene Werk pflegen und fördern, wie sie in Wissenschaft und Praxis die — wir meinen gute — neue äußere Ordnung innerlich beleben und zu einer geschlossenen Theorie durchbilden können und wollen? —

Zu solchen Erörterungen gab uns die Einleitung Anlaß. Wir knüpfen aber noch andere daran.

Die Worte, „so weit dies jetzt schon zulässig," deuten bestimmt auf die Annahme hin, daß später ein Mehreres werde zulässig gefunden werden. Dies Mehrere kann mancherlei Art sein, wird aber zuletzt wohl eine neue vollständige Prozeßordnung sein sollen, die ja bekanntlich in Arbeit ist. Es liegt die Frage nahe, weshalb diese nicht gleich gegeben ist, dabei aber auch die Antwort nicht fern, daß das schwierige und wichtige Unternehmen vielleicht nicht sobald in's Werk zu richten, das Bedürfniß der Abhülfe aber ein zu dringendes gewesen sei, als daß hiemit länger hätte gewartet werden dürfen.

Wir lassen diesen Grund auf sich beruhn, machen aber auf andere tiefer liegende aufmerksam, die wir aus den Bestimmungen des Gesetzes selbst entnehmen zu können glauben.

Schon an sich machte der Umstand große Vorsicht nöthig, daß, wenn wir in unsrer Berechnung nicht irren, das neue Verfahren bei mehr als 7400 Gerichten zur Anwendung kommen und mehr oder weniger auf etwa 750000 Prozesse seinen Einfluß äußern soll.

Unter jenen Gerichten ist, wie das Geheime Ober-Tribunal, so auch das kleinste Patrimonialgericht, es sind neben beiden die theilweis kolossalen kollegialischen Gerichte erster Instanz darunter begriffen, für welche alle die neue Verordnung das Prozeßverfahren neu regeln soll. Gewiß war mit besonderer Vorsicht darauf Bedacht zu nehmen, daß nicht der Uebergang ein zu schroffer werde, daß nicht Störungen und Stockungen einträten. Schon diese Rücksicht konnte es empfehlen, in der im Jahre 1833 schrittweis begonnenen Entwicklung schrittweis fortzufahren und sich etwa nur die Aufgabe zu stellen, den

neuen Schritt so weit zu nehmen, als dies jene Verhältnisse irgend nur zuließen.

Zu einem solchen allmäligen Vorschreiten konnten aber noch ganz andere Gründe vorliegen. Offenbar wäre es etwas Unrichtiges gewesen, wenn man ein als gut erkanntes Ziel aufgegeben und allein deshalb einen andern Ausweg gewählt, ein anderes Ziel sich gestellt hätte, weil jenes nicht sofort in aller Vollkommenheit zu erreichen war. Das gute Ziel war vielmehr im Auge zu behalten, die Richtung zu ihm hin zu verfolgen und die Aufgabe war in einem solchen Falle so zu lösen, daß jede Abweichung vom rechten Wege vermieden und auf diesem Wege so weit vorgeschritten werde, als dies — „jetzt schon zulässig war."

Wir glauben aus der neuen Verordnung entnehmen zu können, daß wirklich nach solchen Ansichten verfahren ist. Es ergiebt sich unsers Erachtens klar, daß ihr Tendenzen unterliegen, die in ihrem Ziele jetzt theilweis noch nicht erreicht worden, deren Erreichung aber entschieden vorbereitet und angebahnt ist. Wir werden später Mehreres der Art hervorheben können, und erwähnen hier Eines nur deshalb näher, um das von uns Gemeinte an einem bestimmten Beispiele klarer darlegen zu können.

Die Verordnung vom 1. Juni 1833 hat noch eine Verhandlung vor einem Deputirten des Gerichts — die Klagebeantwortung. Niemand will diese weiter zulassen. Alles ist darüber einig, daß, was mündlich verhandelt werden soll, auch vor dem erkennenden Gerichte verhandelt werden muß und daß nur da eine Ausnahme zu gestatten, wo besondere Gründe — wie etwa bei Lokalexpeditionen — eine Anwesenheit des ganzen Gerichts unthunlich machen. Die neue Ver-

ordnung hat nun ganz entschieden die Tendenz, dies für den Preußischen Prozeß zu erreichen; sie will, wie man sieht, zu dem Ziele gelangen, daß auch bei den Kollegien für die verschiedenen Fälle nur zwei verschiedene Verfahren statt finden sollen, eines Theils eine schriftliche Vorverhandlung durch Advokaten mit nachfolgendem mündlichen Verfahren (in den wichtigern und verwickeltern Prozeßfällen) und dann von Haus aus die mündliche Verhandlung der ganzen Sache vor dem erkennenden Kollegium selbst (§ 3, 7 u. 13). Aber dennoch hebt sie die Klagebeantwortung vor dem Deputirten für jetzt nicht völlig auf, sie ordnet eine Verhandlung vor dem Deputirten — aus Gründen der Konsequenz — für jetzt sogar noch für die Replik und Duplik als Regel an, aber sie läßt sowohl das schriftliche Vorverfahren, als die vollständige mündliche Verhandlung vor den Kollegien — einstweilen als Ausnahmen von der Regel — zu. Die letztere wird, damit nicht einfache Sachen in unnöthige Weiterungen gezogen werden, von den Bestimmungen des Gerichts abhängig gemacht, das erstere dem Entschlusse der Parteien überlassen, denen nun das Recht beiwohnt, den kostbarern Weg zu wählen, wenn sie ihn der Wichtigkeit oder Schwierigkeit des Falles wegen glauben vorziehn zu müssen.

Gründe für die Wahl dieses Auswegs können etwa in der Besorgniß gelegen haben, daß nicht alle kollegialischen Gerichte sofort der Masse der Geschäfte gewachsen sein mögten, welche die vollständige Verhandlung aller nicht zum schriftlichen Verfahren zu verweisenden Sachen vor dem Kollegium selbst herbeiführen würde; diese Gründe konnten auch darin liegen, daß man erst Beobachtungen darüber anstellen und Erfahrungen darüber sammeln wollte, bei welchen Sachen wirklich ein

Bedürfniß zur schriftlichen Verhandlung durch Advokaten vorhanden sei, daß man angenommen, es werde sich dies gerade dann am Klarsten und Zuverlässigsten ergeben, wenn man eine Zeit lang den Parteien selbst jene Wahl frei lasse; daß man andererseits durch die von den Gerichten zu machenden Erfahrungen sich auch darüber zu orientiren beabsichtigte, welche Prozeßsachen ohne ihre Gefährdung zur sofortigen mündlichen Verhandlung zu ziehen sein, oder etwa daß man auch das abwarten wollte, welcher Prozeßart sich dauernd das größte Vertrauen der Unterthanen zuwende, ob dem schriftlichen Verfahren mit Advokaten oder dem mündlichen vor dem Kollegium u. s. w.

Es liegt zu Tage, daß man recht wichtige Gründe haben konnte, zur Zeit nicht weiter zu gehn. Wie wir aber solche Fragen aufzufassen gewohnt sind, so würden wir von den so eben als möglich aufgestellten Gründen vorzugsweise allen denen unsre vollste Zustimmung nicht vorenthalten können, in denen ein Bedürfniß anerkannt wurde, der wichtigen Angelegenheit zunächst eine freie Entwicklung zu gestatten, um dann bei guter Zeit die hieraus hervorgegangenen Resultate für weiter nöthig werdende Regeln zu benutzen. Inzwischen ist das Bessere geboten und nach beiden Seiten hin einem wünschenswerthen Auswege Mittel und Gelegenheit gewährt.

Mag man eine solche Verordnung ein Provisorium nennen, das macht uns nicht irre. Sie ist es gewiß nicht in dem übeln Sinne, nach dem man Zwischenhülfen mit dem Bewußtsein sucht, daß man sie demnächst gewiß wieder aufgeben wird; sie ist es aber auch der Sache selbst nach wirklich eben so wenig, als darin ein Fehlgriff liegt, wenn ein Mann, der eine Reise nach einem fernen Ziele in Absicht hat, zunächst

sich einem nähern Ziele zuwendet. Ist und bleibt nur der Weg ein rechter und gerader, so ist jeder Schritt ein Vorschritt zum Endziele hin. — Ob man zu langsam geht oder zu rasch, das ist eine Frage für sich, soviel müssen wir billigerweise aber einräumen, daß die Entscheidung, wie weit etwa ogleich zu gehn oder zur Zeit nicht zu gehn, unter Umständen, wie die hier vorliegenden, eine nicht eben leichte war.

Eines der wichtigsten und einflußreichsten Principe, welche dem gemeinen Deutschen Prozesse ihre Ausbildung verdanken, ist offenbar die sogenannte

Eventualmaxime.

Sie besteht in dem Grundsatze, daß die Parteien alles das, was sie zur Vertheidigung wider den Angriff des andern Theils oder gegen eine richterliche Verfügung unmittelbar und ohne daß es erst noch durch eine fernere Veranlassung bedingt ist, geltend machen können, auch gleichzeitig in einem und demselben Akte dergestalt vollständig zur Geltung bringen müssen, daß sie auch das erschöpfend mit anführen, worauf sie sich nur eventuell stützen wollen. Die Maxime findet auf alle Stadien des Prozesses — auch auf das Beweisverfahren — Anwendung. Nach ihr wird jeder Akt im Prozesse als ein in sich völlig abgeschlossener gedacht, mit dem jedesmal der Prozeß in ein neues Stadium eintritt und auf den später — ohne erlangte Restitution — nicht zurückgekommen werden darf. Mit dieser Maxime und nur durch sie geht also der Prozeß einen durchaus regelmäßigen und gleichmäßigen Gang fort, in einer Entwicklung, die in festgeordneten Schritten fortwährend dem Ziele näher bringt.

Die Wichtigkeit des mit einem nicht glücklich gewählten Namen versehenen Princips ist an sich klar, über seinen Einfluß auf das Prozeßverfahren mag aber noch das Folgende bemerkt werden.

Zunächst kann mit ihm die Untersuchungsmaxime der Preußischen Prozeßordnung nicht bestehen. Ist die Partei gehalten, in jeder Lage des Prozesses alles, was sie für die Vertheidigung ihrer Gerechtsame anführen kann, auch — mit späterm völligen Ausschluß — geltend zu machen, so ist damit auch die freie Thätigkeit des Richters, zu aller Zeit, wie sich der Anlaß darbietet, die wahre Lage der Sache auszuforschen, unverträglich. Wird der Prozeß schriftlich verhandelt, so entbehrt der Richter sogar all und jeden Einfluß auf die einzelnen Erklärungen. In dieser Verbindung mit der schriftlichen Verhandlung hat aber jenes Princip ferner den wesentlichen Erfolg, daß die Partei dem Richter ganz unabhängig gegenüber steht, daß es lediglich ihr überlassen bleibt, wie sie ihre Gerechtsame wahrnehmen und ihre Sache führen will und daß hiemit dem zugezogenen Advokatenstand — ganz im Gegensatz gegen die Preußische Gerichtsordnung — eine für die Sachführung völlig freie Stellung eingeräumt ist. Es ist aber weiter aus jenem Principe in richtiger Konsequenz die Nothwendigkeit der vier Schriftsätze des Hauptverfahrens und überhaupt die ganze Konstruktion des Prozesses als eine sich in den Hauptzügen von selbst ergebende abzuleiten. Muß in jedem Stadium des Prozesses alles, was dann möglicherweise geltend gemacht werden kann, auch erschöpfend angeführt werden, so muß auch für eine Einrichtung des Prozesses gesorgt werden, nach welcher jedes überhaupt Geltendzumachende zu rechter Zeit seine Stelle findet.

Nichts ist so geeignet, zu einer guten und befriedigenden Ordnung des Prozesses von selbst und mit innerer Nothwendigkeit hinzuleiten, als eine Aufrechthaltung und konsequente Durchführung jenes Princips.

Schon die Verordnung vom 1. Juni 1833 hatte sich ihm zugewandt. In Beziehung auf die erste Instanz stellt sie den Grundsatz bestimmt und erschöpfend für die Klagebeantwortung — Einredeschrift — (§ 14) und mit einiger Modifikation für das Beweisverfahren (§ 35) auf.

Sie giebt aber denselben Grundsatz für die Appellationsrechtfertigung und für deren Beantwortung, also für die zweite Instanz (§ 42 u. 44).

Die neue Verordnung ordnet ihn nun ausdrücklich für Replik und Duplik an (§ 8) und unterwirft ihm auch die dritte Instanz (§ 23 b). —

Also schon aus der Verordnung vom Jahre 1833 konnte jenes Haupt- und Grundprincip als ein gegebenes und als ein solches abgeleitet werden, welches mit allen seinen Konsequenzen dem neuen Verfahren zur Richtschnur dienen müsse. Dem konnte auch gewiß die im § 74 enthaltene Bezugnahme auf Titel 1—25 der Prozeßordnung nicht entgegenstehen, da die darin enthaltenen Vorschriften eben in so weit beseitigt waren, als sie mit der neuen Verordnung nicht bestehen konnten.

Ist dennoch das Princip nicht in einem Maaße zum Bewußtsein gekommen, wie dies hätte sein können, so hatte dies wohl darin seine Veranlassung, daß der summarische Prozeß als Regel nur auf minder wichtige, jedenfalls weniger verwickelte Fälle beschränkt war, im Uebrigen es aber bei dem Verfahren der Prozeßordnung verblieb. Es standen also

zwei Prozeßverfahren neben einander, die auf verschiedene und sogar auf ganz entgegengesetzte Grundprincipien gebaut waren und bei denen es dem Gange der Sache und selbst der Fassung des Gesetzes von 1833 nach den Anschein gewann, als enthalte das neue Verfahren nur eine Modifikation des ältern. Man blieb wohl zu sehr in der Voraussetzung einer größern innern Verwandtschaft, als wirklich vorhanden war, mogte vielleicht auch wünschenswerth und nöthig finden, daß die beiden neben einander hergehenden Prozeßarten nicht zu sehr auseinandergedrängt, sondern so viel thunlich in naher Verbindung zu einander erhalten würden.

Jetzt ist dies anders. Schon oben haben wir bemerkt, wie die auch jetzt noch nachgelassenen Ausnahmen von der neuen Regel des Verfahrens völlig zurücktreten. Sie sind ohne allen wesentlichen Einfluß. Der ordentliche einfache Civilprozeß ist jetzt nur ein einiger, dem keine störende Nebenrücksicht mehr ein Hinderniß seiner freien und lebendigen Entwicklung bringen kann. Daß sich diese letztere jetzt in ganz anderer Art, als bisher, in bewußter und wissenschaftlicher Durchführung auf jenes Princip gründen wird, hoffen wir und müssen wir um so mehr als unsern Wunsch aussprechen, da unserer Ansicht nach dies die erste Grundbedingung ist, unter der allein die weitere Ausbildung unseres Prozesses eine befriedigende sein und bleiben kann.

Wir wiederholen, daß überall nur bei streng durchgeführter Konsequenz eines Hauptgedankens eine Prozeßwissenschaft gedeihen kann.

Daß der jetzige Preußische Prozeß in seiner Hauptrichtung ein mündlicher ist, bringt dabei keine Schwierigkeit. Wir müssen dies ausdrücklich hervorheben und in seinen Gründen

nachzuweisen versuchen, da man oft genug den Satz aussprechen hören und lesen kann, die Eventualmaxime sei mit einem mündlichen Prozeßverfahren nicht vereinbar.

Wo dieser Satz in der Art seiner Aufstellung nicht überhaupt auf Mißverständnissen beruht — und mit diesen letztern können wir uns hier nicht beschäftigen — da beschränkt er sich auf die Behauptung, daß bei einem ausschließlich mündlichen, d. h. bei einem solchen Verfahren, in dem das mündlich Verhandelte nicht schriftlich fixirt wird, Richter und Parteien mit dem Zwange der Eventualmaxime deshalb nicht belegt werden dürfen, weil sie in diesem Verfahren den mit dieser Prozeßmaxime verbundenen Anforderungen nicht gewachsen sind. Eine sehr verwickelte Sache, in welcher zahlreiche Exceptionen und Repliken zur Sprache kommen, würde nicht in Einer Sitzung verhandelt, es würde von dem Richter aber auch nicht verlangt werden können, daß er in der späterhin erneuerten Sitzung das früher Verhandelte noch so gegenwärtig habe, um der Sache vollständig gerecht werden zu können. Auch an die Parteien kann nicht wohl die Anforderung gemacht werden, daß sie einer so eben erst angehörten weitläufigen Aufstellung von Thatsachen und Rechtssätzen in ihrer Gegenerklärung so geordnet und vollständig nachgehn, wie dies die gründliche Wahrnehmung ihrer Gerechtsame erfordern würde. Man hat deshalb bei einem solchen Verfahren die Eventualmaxime zu adoptiren Bedenken getragen, verhandelt vielmehr nach gewissen Regeln abgesondert die einzelnen Einreden rc. und geht in der Sache nicht eher weiter vor, als bis die verhandelte eine oder die nach jenen Regeln etwa zu verbinden gewesenen mehreren Einreden verwandter

Art durch den Richter verworfen sind. — So in dem Französischen Prozesse.

Ein Verfahren der Art hat aber seine wesentlichen Bedenken. Es liefert in unerwünschter Weise den Parteien Mittel in die Hände, den Prozeß zu verzögern und kann, was wichtiger ist, zu Hauptentscheidungen führen, gegen welche jeder der zugezogenen Richter sich ausgesprochen haben würde, wenn über das Ganze der vollständig verhandelten Sache in Einer Abstimmung zu entscheiden gewesen wäre, gegen welche sich vielleicht alle Richter sogar schon ausgesprochen haben.*)

Die im Allgemeinen mit Recht angenommene Unvereinbarkeit der Eventualmaxime mit einem rein mündlichen Prozeßverfahren würde aber schon da einer Modifikation unterliegen, wo etwa eine Prozeßordnung dieses Verfahren nur als Regel aufstellte und besonders verwickelte Streitfälle ausnahmsweise zur schriftlichen Verhandlung verwiese.

Wo das mündlich Verhandelte zu gerichtlichem Protokolle niedergeschrieben wird, da gilt jener Satz überall nicht. Da ist die Eventualmaxime allerdings mit dem Verfahren vereinbar, wie die Erfahrung noch jetzt in manchen Ländern des gemeinen Prozesses zeigt.

Sie ist es also auch mit dem neuen mündlichen Preußischen

*) Derselbe Fall tritt ein, wenn bei einer vollständig verhandelten Sache die Abstimmung in einem Kollegium so geleitet wird, daß über das Klagefundament und über jede einzelne Einrede ein besonderes Konklusum herbeigeführt und aus diesen Specialbeschlüssen sodann, ohne neue Abstimmung über den Streitfall als ein Ganzes, die Hauptentscheidung blos abgeleitet wird. Es ist bekannt, daß sodann eine Entscheiduug als die des Kollegiums angesehn werden kann, zu welcher sich kein einziges der Mitglieder des Gerichts bekennt. Nicht die Section, sondern die Totalauffassung des lebendigen Rechtsfalles führt zu einer zutreffenden Aburtelung.

Prozeß, denn alles Verhandelte wird entweder seinem Gesammtinhalt, oder doch seinen wesentlichen Resultaten nach, zu Protokoll registrirt.

Die Frage bleibt aber doch noch zu entscheiden, ob die Eventualmaxime auch wirklich das Princip dieses mündlichen Prozesses ist?

Gehn wir zunächst auf das Verfahren ein, welches bei Gerichts-Kollegien in erster Instanz statt findet, so sind zwei Fälle zu unterscheiden:

1) die Sache ist — schriftlich oder zu Protokoll vor einem Deputirten — in vier Prozeßsätzen verhandelt (§ 2, 3 und 7 der Verordnung von 1846);

2) die Prozeßverhandlung erfolgt ganz (§ 13 ibid.), oder — wenn Replik und Duplik nicht abgesondert eingebracht sind, aber doch nöthig werden — theilweis im Audienztermin vor dem erkennenden Kollegium.

Im ersten Falle enthält die nun noch folgende mündliche Verhandlung nicht das Prozeßverfahren selbst. Die Gerechtsame beider Theile sind gegenseitig vollständig dargelegt, alles, was zu ihrer Vertheidigung geltend zu machen war, ist angeführt, Neues darf in dieser Instanz nicht weiter vorkommen. Das Verfahren ist in so weit nach den Regeln der Eventualmaxime mit dem letzten Prozeßsatz abgeschlossen. Gegenstand der mündlichen Verhandlung ist mithin nur

a) die vollständige Darlegung des Verhandelten, die mündliche Reproduction desselben vor dem erkennenden Gerichte in Gegenwart und unter Kontrole der Parteien und

b) die lebendige, mündliche Ableitung und Ausführung der Gerechtsame der einen und andern Partei aus dem

Verhandelten und auf Grund desselben durch die Parteien selbst und ihre Sachwalter,

also kontrolirte Relation und Deduktion. Auf Beides hat seiner Natur nach die Eventualmaxime keinen Einfluß, es liegt dies außer ihrem Bereich und die ganze erste Instanz ist daher bei diesem Verfahren jenem prozeßualischen Grundsatze, so weit er irgend reicht, mithin vollständig unterworfen.

Wird im zweiten Falle die Sache ganz oder theilweis vor dem Richter auch prozeßualisch verhandelt, so ist dies freilich nicht ohne Einfluß. Es wäre gewiß gegen die Absicht der Verordnung, wenn der Richter die Verhandlung mit scharfer Sonderung in einzelne Theile zerlegte und nach dem ersten Verhöre des Verklagten diesen bei der weitern Verhandlung in demselben Termine nicht mehr mit Erklärungen hören wollte, welche eine Vervollständigung der Klagebeantwortung (Einredeschrift) enthielten. Selbst bei einem Prozeßverfahren, in dem Klagebeantwortung, Replik und Duplik als solche in einem und demselben Termine vollständig registrirt werden müssen, beginnt ein vorsichtiger Richter damit, daß er die Parteien zuvörderst hin und wider hört. Erst, wenn dies mit erschöpfender Ausführlichkeit geschehen ist, läßt er Einrede mit Klagebeantwortung, Replik und Duplik hintereinander zu Protokoll niederschreiben. Nach dem neuen Preußischen Prozesse ist dies Verfahren aber um so unerläßlicher, da bei einer Verhandlung der Art nicht die einzelnen Erklärungen selbst, sondern nur ihre Resultate zu Protokoll registrirt werden sollen und ausdrücklich angeordnet ist (§ 62 Verordnung vom Jahre 1833), das Protokoll solle nach beendigter mündlicher Verhandlung aufgenommen werden. Für diese Verhandlung ergiebt sich zwar eine ge-

wisse, den Prozeßsätzen folgende Ordnung von selbst, das Verfahren ist aber wenigstens nicht streng daran gebunden. Die Hauptsache ist, daß in Rede und Gegenrede die Parteien sich vollständig aussprechen und daß der Richter sodann das Ausgesprochene gehörig ordnet und in geeigneter Weise zu den Akten fixirt.

In diesem Verfahren erscheint die mündliche Verhandlung als Ein Ganzes, sie ist nur im Ganzen ein solcher in sich geschlossener Prozeßakt, von dem oben die Rede war und die Eventualmaxime kann daher hier nur den Einfluß äußern, daß nach abgeschlossenem Termine nichts mehr angeführt werden darf, was in dem Termine hätte angeführt werden sollen. So ist aber das neue Prozeßrecht wirklich. Für eine spätere ergänzende Erklärung gewährt weder die Verordnung v. 1833 noch die v. 1846 Raum. Es soll der Regel nach sofort das Urtel ergehen oder resolvirt werden (§ 29 und 30 der Verordnung v. 1833). Ist das Erstere nicht möglich, so müssen doch die Parteien sofort für einen neuen Termin (§ 29 der Verordnung v. 1833, § 11 der Verordnung v. 1846) zur Anhörung des Erkenntnisses vorbeschieden werden. Das ganze Verfahren, bei welchem vor dem neuesten Gesetze Replik und Duplik immer nur in der mündlichen Verhandlung Raum fanden, ist ganz wesentlich darauf berechnet, daß die Instanz mit dieser Verhandlung abschließt, daß mit der nach § 28 der Verordnung v. 1833 vom Vorsitzenden auszusprechenden „Schließung der Verhandlung" auch der definitive Abschluß des Instanzverfahrens ausgesprochen wird. Der Richter hat vollkommen recht, wenn er die Eventualmaxime auch auf dieses Verfahren anwendet und spätere Parteierklärungen nicht weiter zuläßt.

Gilt aber ein Gleiches von dem Bagatellprozeß wie von dem Verfahren bei Gerichten, die keyn Kollegium bilden, und kann nach klaren Bestimmungen der Verordnungen die Geltung des Grundsatzes für die höhern Instanzen in keiner Art in Zweifel gezogen werden, so ist damit, meinen wir, auch die Behauptung vollkommen gerechtfertigt, daß die Eventualmaxime nunmehr durchgeführtes und durchzuführendes Princip des neuen Preußischen Prozesses ist und daß man sich auf richtigem Wege befindet, wenn man in allen weiteren Folgerungen, welche Praxis oder Theorie etwa nöthig machen werden, von dieser Grundlage ausgeht. —

Mündliches Verfahren.

Der einfachste, sicherste und deshalb beste Weg der Vorbereitung eines Rechtsstreits zur richterlichen Entscheidung ist der, in welchem den Parteien der unmittelbare Zutritt zum Richter offen steht, wo sie vor diesem selbst ihre Anträge rechtfertigen und den ihm nöthig scheinenden Fragen Rede stehn können. Man braucht jetzt nicht mehr nachzuweisen, wie bedenklich es ist, wenn die Rechtsuchenden nur durch das doppelte Medium des Instruenten und Referenten zum Richter gelangen können. In jeder dieser Mittelspersonen findet der Streitfall eine individuelle Auffassung, die nicht ganz ohne Einfluß auf seine Darstellung bleiben kann. Geht er zweimal von Hand in Hand, so wächst die Gefahr, daß er unbemerkt sich dem Richter als ein wesentlich modificirter, als ein anderer zur Entscheidung darlegt.

Wird durch Advokaten verhandelt, so treten damit freilich auch Mittelspersonen ein. Ihre Zulassung ist aber ungleich weniger bedenklich, weil hier die Partei die Wahl der Person

frei, sie sich es also selbst beizumessen hat, wenn sie in dieser Wahl irrte und weil ferner diese Mittelsperson lediglich im Interesse der Partei zu handeln und ihre Anweisung für die Art der Führung der Sache anzunehmen und zu befolgen hat.

Das Richtige ist also, daß der Richter so weit, als dies irgend ausführbar ist, die Parteien unmittelbar vor sich selbst erscheinen läßt, daß er sie selbst hört, wenn sie selbst ihre Sachen führen wollen, ihrem Entschlusse es aber überläßt, ob sie sich durch Advokaten wollen vertreten lassen.

Die Verhandlung der Sache vor einem Deputirten oder Kommissarius müßte in so weit ganz wegfallen, als sie sich nicht aus besondern Gründen als eine völlig unerläßliche zeigt.

Davon war oben schon die Rede, auch haben wir dort schon hervorgehoben, wie die neue Verordnung unverkennbar wi klich diese Tendenz hat, die vollständige Erreichung des Ziels aber zur Zeit nur noch in Aussicht stellt und, während sie einstweilen den Gerichten die Anregung giebt, ihm schon jetzt so nahe zu treten, als dies möglich ist, anscheinend völlig angemessen nur das vermeidet, daß nicht in einer Weise schon jetzt gewaltsam zu jenem Ziele hingedrängt wird, bei der das gute Unternehmen an äußern Schwierigkeiten scheitern könnte.

Hier müssen wir noch etwas näher auf die Sache eingehn.

Welches große Gewicht das neue Gesetz auf die mündliche Verhandlung legt, geht schon daraus hervor, daß die früher nachgelassene Verzichtleistung darauf jetzt ausgeschlossen (§ 11), den Parteien es aber auch leichter gemacht ist, der Verhandlung beizuwohnen (§ 10). Auf gerechtfertigte Verlegungsgesuche soll eingegangen werden, wenn sie auch nur von einer der Parteien herrühren.

Freilich läßt sich das Erscheinen nicht erzwingen. Findet aber die Verzichtleistung nicht statt, wird also bei dem Kollegium eine Sitzung zur mündlichen Verhandlung anberaumt, so muß jeder Theil erwarten, daß die Gegenpartei erscheint und jeder wird sich daher schon deshalb einfinden, um nicht seine Sache in Nachtheil gesetzt zu sehn.

So wird die mündliche Verhandlung in den beiden ersten Instanzen in Zukunft gewiß die Regel bilden; es werden nur wenige Ausnahmsfälle eintreten.

Sie ist aber auch für die dritte Instanz eingeführt. Nach einer der wichtigsten neuen Reformen soll auch beim Geheimen Obertribunal die Gewähr dafür, daß dem Kollegium der Streitfall in richtiger Darstellung und in gründlicher Erörterung zur Entscheidung vorgelegt werde, nicht mehr in gedoppelten und vierfachen Relationen der Räthe, sondern neben dem Vortrage des Streitfalles durch einen Rath in der lebendigen mündlichen Verhandlung der Sache vor dem Kollegium durch die Parteien und ihre Vertreter gefunden werden.

Alle schriftliche oder zu Protokoll erfolgte Vorverhandlung soll bei den Kollegien eben nur vorbereitend sein, sie soll den Parteien die Mittel gewähren, in ruhiger Erwägung das Material zu sammeln und zu ordnen, die thatsächlichen Grundlagen vollständig zusammenzustellen. Mit der mündlichen Verhandlung wird alles unter Beisein der Parteien und mit ihrer Mitwirkung vor den Richter gebracht, es wird ihnen freie Geltendmachung, unbeschränkte Ausführung ihrer Gerechtsame vor diesem Richter gestattet. Darin liegt dann der letzte und unmittelbar zum Ziele führende, aber auch der lebendigste Theil jedes Instanzverfahrens, mit dem jeder

Entscheidung eine so gründlich und gut beschaffte Unterlage gesichert ist, wie dies unsers Erachtens durch eine Legislation geschehen kann.

Verhelen können wir uns zwar nicht, daß auch bedenkliche Seiten dieses Verfahrens hervorzuheben sind. Ist das Instanzverfahren durch Schriftwechsel oder durch Verhandlung zu Protokoll in der Art vorher abgeschlossen, daß nichts Neues mehr angeführt werden darf, liegt der Abschluß des thatsächlichen Vorbringens nach den Regeln der Eventualmaxime schon hinter dem vierten Prozeßsatze, so ist allerdings zu besorgen, daß sich ein nun nicht mehr zu vermittelnder und deshalb übler Gegensatz zwischen den Resultaten der Vorverhandlung und denen der mündlichen Verhandlung bilden kann. Die letztere erfolgt nach jener Vorbereitung, aber nun in lebendiger Rede und mit Hinzutritt eines neuen Elements, des Richters selbst, dem das Fragerecht zusteht. Die Möglichkeit liegt nicht fern, daß nun erst zum Bewußtsein kommt, wie doch etwas Erhebliches unbeachtet geblieben sei, was hätte angeführt werden sollen und jetzt angeführt wird, daß der Richter in die Lage kommt, nun sich zu überzeugen, wie doch die Sachlage eine noch andre sei, als sich in der Vorverhandlung festgestellt und daß er, da er an diese letztere ausschließlich gebunden ist und Neuangeführtes nicht beachten darf, genöthigt wird, ein Urtel auszusprechen, welches der jetzt hervorgetretenen Sachlage nicht adäquat ist. Wir wiederholen, daß darin allerdings ein Uebelstand liegt.

Ein solcher Fehlgriff der Partei kann indessen, und das ist sehr geeignet, darüber zu beruhigen, füglich nur in erster Instanz vorkommen und dann in den folgenden Instanzen seine Abhülfe finden. Die erst nach einer Vorverhandlung

zu entscheidenden Sachen sind aber sämmtlich appellabel. Sollte ja erst bei der mündlichen Verhandlung einer folgenden Instanz ein solches erhebliches Novum hervortreten und nun seine Beachtung überhaupt unmöglich werden, so kann die frühere Versäumniß nur in einer groben Vernachlässigung der Partei ihren Grund haben, deren Folgen sie zu tragen und sich allein beizumessen hat. Dagegen sichert kein Prozeßverfahren, auch die Untersuchungsmaxime der Preußischen Gerichtsordnung sicherte bekanntlich nicht gegen solche Versäumnisse.

Ueberhaupt aber würde es nach den Regeln anderer Prozeßordnungen völlig zulässig gewesen sein, schon auf Grund der — an sich vollständigen — Vorverhandlung zu erkennen. Geschieht dies dennoch nicht, wird den Parteien der neue wichtige Vortheil der mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Richter gewährt, so ist dies unter allen Umständen eine besondere, den Sachen gewidmete Sorgfalt und auch in dem bezeichneten Falle, in welchem sich mit dieser Verhandlung ein geändertes Resultat herausstellt, eben deshalb eine Wohlthat für die dabei betheiligte Partei, weil darin eine ihr zu Gute kommende Vorbereitung für die zweite Instanz liegt.

Immer bleibt aber, wir müssen darauf zurückkommen, die vollkommenste Art des Verfahrens die, bei der von Anfang an die Sache mündlich vor dem demnächst erkennenden Richter selbst verhandelt wird. Sie ist in allen Fällen, in denen nicht besondere Nebengründe eine Ausnahme von der Regel empfehlen, deshalb jedem andern Verfahren vorzuziehn, weil bei ihr von Haus aus der Sache die Leitung des Gerichts zu Gute kommt, dessen Ansicht und Entscheidung zuletzt doch den Ausschlag giebt, weil bei ihr allein zu der

guten äußern Ordnung eine völlige innere Einheit und Konsequenz der Behandlung der Sache hinzutritt. Ist diese eine irrige, so wird der höhere Richter Abhülfe schaffen, ein Gewinn ist aber eine solche auch innere feste Haltung des Verfahrens immer und der vorher erwähnte sonst mögliche Zwiespalt zwischen den entscheidenden Resultaten eines Vorverfahrens und den nicht mehr zu beachtenden Ergebnissen des Schlußverfahrens ist hier nicht möglich.

Die Verordnung vom Jahre 1833 hatte dieses Verfahren für die Gerichte, welche kein Kollegium bilden (§ 60 folg.) und für alle Bagatellsachen (§ 66 folg.). Die neue Verordnung hat es für die letztern, so weit sie überhaupt noch zur Verhandlung kommen, beibehalten (§ 28), für die erstern aber modifiziren müssen, weil das Gesetz sich jetzt nicht mehr auf die einfachern — summarischen Prozeß- — Sachen beschränkt und auch bei den nicht kollegialischen Gerichten Fälle vorkommen, denen die abgesonderte, gründliche — auch schriftliche — Verhandlung der einzelnen Prozeßsätze nicht versagt werden darf.

Dagegen ist jener mündlichen Verhandlung des ganzen Prozesses vor dem Gerichte selbst jetzt eine ganz andere Ausdehnung gegeben. Sie ist im § 13 der neuen Verordnung zunächst für eine Reihe Prozeßfälle, die ein abgekürztes Verfahren nöthig machen, bestimmt vorgeschrieben, sie ist außerdem aber auch

den Kollegialgerichten für andere schleunige und für einfache Sachen,

den nicht kollegialischen Gerichten überhaupt

nach ihrem Ermessen nachgelassen.

Wir glauben, vorzugsweise auch auf diese Bestimmung die Aufmerksamkeit hinlenken zu müssen. Es ist nicht das

Resultat einer blos theoretischen Prüfung, sondern es beruht auf ganz andern und viel haltbarern Fundamenten, wenn wir mit voller Zuversicht glauben voraussagen zu können, daß der künftige Preußische Prozeß gerade in dieser Vorschrift in ungleich größerer Ausdehnung seinen Hauptstützpunkt finden wird, als dies jetzt vielleicht vorausgesetzt sein mag. Haben die Gerichte dies Verfahren erst eine Zeit lang in Uebung gehabt und näher kennen gelernt, so werden sie nur in ihm ihre volle Befriedigung finden. Jeder wird sich da auf dem festesten Grunde fühlen, wo er die Sache selbst in seiner Gegenwart sich hat entwickeln sehen. Die Parteien aber werden da dem Verfahren das vollste Vertrauen zuwenden, wo sie ihre Sache schon in den ersten Schritten unmittelbar vor den Richter selbst bringen können, es sei denn daß besondere, in der großen Wichtigkeit oder Schwierigkeit des Falles liegende Gründe sie die schriftliche Bearbeitung der Sache durch Advokaten vorziehn lassen. — Es wird sich bald zeigen, daß bei weitem die meisten Sachen in Einem Termine bis zum Endurtel oder bis zum Beweisresolut werden reif gemacht werden können, soforn nur die Parteien selbst erscheinen, worauf möglichst hinzuwirken wäre. Wir müssen es für eine unrichtige Voraussetzung halten, wenn angenommen wird, daß namentlich Leute niedern Standes oft unvorbereitet in den Terminen erscheinen und daß es ihnen leicht nachtheilig werden könne, wenn man eine sofortige Gegenerklärung von ihnen in Anspruch nähme. Solche Leute leben im Ganzen in einfachen Verhältnissen, die sie vollständig übersehen. Werden sie in einen Rechtsstreit verwickelt, so haben sie die Sache in der Regel schon lange mit sich herumgetragen, auch wohl viel besprochen, sie wissen dann

sehr wohl, worauf sie sich — mit Recht oder Unrecht — gründen wollen und hört man sie nur ruhig an, so wissen sie auch vollständig zu antworten. Jedenfalls ist Sorgfalt anzuwenden, daß Anträge auf Verlegung der Termine, in denen die Verhandlung begonnen hat, nicht etwa zur Gewohnheit oder zum Verschleif der Sache gebraucht werden. Der Vorwand, daß noch Information einzuziehen sei, wird immer nur da zu beachten sein, wo dem Richter mit einiger Zuverlässigkeit die Ueberzeugung gewährt wird, daß die Partei durch Anführung neuer Umstände, die sie nicht erwarten und auf die sie sich also nicht vorbereiten konnte, wirklich überrascht worden. Ist unverkennbar Grund zu dieser Annahme, so darf dann freilich, wenn der Termin zur Klagebeantwortung und zugleich zur weitern mündlichen Verhandlung angesetzt war, die Verlegung nicht versagt werden. —

Was zu den zu diesem Verfahren mit verwiesenen „einfachen Sachen" zu rechnen sei, darüber können verschiedene Ansichten sein. Wir würden empfehlen, damit es von Haus aus nicht zu peinlich zu nehmen. Die Erfahrung wird lehren, daß zu einer ängstlichen Behandlung der Sache kein Anlaß war. Wie die Auffassung anfangs aber auch sein mag, gewiß wird sich das Verfahren des § 13 bald mehr und mehr ausdehnen und — das hoffen wir — in einer nicht fernen Zeit in einem so weiten Bereiche von Sachen angewandt werden, daß sehr füglich alles Uebrige zum schriftlichen Verfahren verwiesen werden, die nicht gute Vorverhandlung der Klagebeantwortung u. s. w. vor einem Deputirten aber zwischen beiden ausfallen, d. h. dann im Preußischen Prozesse ganz wegfallen kann. —

Das schriftliche Verfahren und die vier Prozeßsätze.

Wir haben hier nur Einiges hervorzuheben:

1) Oben kamen wir zu dem Resultate, daß die Eventualmaxime dann auch bei einem mündlichen Prozeßverfahren leitender Grundsatz sein könne, wenn das mündlich Verhandelte schriftlich fixirt werde, und daß also diese Maxime, in der wir später ein neues Fundamentalprincip des neuen Prozesses erkannten, an sich kein Hinderniß darbiete, alle Prozesse in der darin gegebenen Ordnung ohne Vorverhandlung mündlich vor dem Richter zu verhandeln. Daraus folgt aber nicht, daß es auch zweckmäßig wäre, wenn dies geschähe. Im Gegentheil, es giebt Rechtsstreitigkeiten, bei denen eine andere Art der Verhandlung vorzuziehen ist. Dabei können sehr verschiedenartige Umstände und Gründe einwirken. Wir versuchen nicht, diese hier zu erschöpfen, wollen aber nur beispielsweise auf Fälle aufmerksam machen, in denen etwa zwei Glieder einer Familie um den Besitz einer Fideikommißherrschaft streiten, oder auf Fälle, in denen bei andern wichtigen Gegenständen das Hauptgewicht in einer tief in die Theorie eingehenden Rechtfertigung des Klagefundaments und mehrerer Einreden und Repliken liegt. In solchen Fällen verlangen die Parteien mit Recht Muße zur gründlichen Erwägung der Schritte, zu denen sie in jedem einzelnen Prozeßakte sich zu entschließen haben, sie haben ein Bedürfniß, es selbst mit einzelnen Worten genau zu nehmen, sie wollen das, was zu den Akten kommt, mit größter Sorgfalt ausgearbeitet sehn. In Fällen, wo ein besonders großes Gewicht auf die Deduktion, die Rechtsausführung gelegt werden muß, wird besser

ein anderes, als ein blos mündliches Verfahren gewählt, weil bei diesem letztern die Rechtsausführungen überall nicht vollständig zu den Akten gelangen.

Jedem Rechtsuchenden und jeder Prozeßsache muß in angemessenster Weise ihr Recht werden und deshalb ist zuletzt aus demselben Grunde für gewisse Sachen ein anderes Verfahren zuzulassen, aus dem für andere das mündliche Verfahren als die Regel gilt.

Eine gut geordnete Prozeßtheorie muß neben einem einfachen, rasch verlaufenden Verfahren für die Fälle des täglichen Verkehrs ein ernsteres, feierliches Prozeßverfahren haben, in dem auch die allerwichtigsten Fälle mit ausreichender Besonnenheit vollständig erörtert werden können.

Der neue Preußische Prozeß läßt hierzu das schriftliche Vorverfahren in vier durch Advokaten verfaßten Prozeßsätzen zu. (§ 3, 7, 33 der Verordnung vom Jahre 1846.) Auch das schließt sich der Regel des gemeinen Deutschen Prozesses an und ist unserer Ansicht nach das Beste, was gewählt werden konnte.

Sein Hauptvorzug liegt eben darin, daß in ihm die Parteien die haltbarsten Mittel haben, sich vor Uebereilungen zu hüten und jeden Schritt mit voller, ruhiger Ueberlegung und nach sorgsamer Berathung zu thun.

Ein anderer Vortheil erwächst daraus dem Prozeßverfahren im Allgemeinen. Der schriftliche Prozeß ist überall der, durch welchen sich die Prozeßtheorie am Festesten und Gründlichsten in alle Feinheiten hinein ausbildet. Wo er stattfindet, ist er gewissermaßen der Kern des Verfahrens und sein besonnener Regulator. Alles lehnt sich an ihn an und lernt von ihm. Er hat diese Eigenschaft schon deshalb, weil in

ihm alle vorkommenden Fehlgriffe von der Gegenpartei am Sorgsamsten überwacht und am Gewissesten zu eignem Vortheil benutzt und gerügt werden. Ihm wird deshalb der Regel nach vom Richter und von den Sachwaltern die meiste Aufmerksamkeit zugewandt. Im Preußischen Prozesse wird dies jetzt um so mehr geschehen müssen, da gerade dies Verfahren hier ein ganz neues, noch durch keine Erfahrung und Observanz geregeltes ist.

2) Auch Repliken und Dupliken sind jetzt als besonders bearbeitete Prozeßsätze zuläßig (§ 7 der Verordnung von 1846). Damit ist einem klarvorliegenden Mangel der Verordnung vom Jahre 1833 abgeholfen. Den Parteien muß, das ist eine der ersten Prozeßregeln, völlig gleiches Recht im Prozesse zu Theil werden. Gerade ganz dieselben Gründe, welche in manchen Fällen für die besondere Bearbeitung der Einredeschrift sprechen, gelten auch für eine gleiche Bearbeitung der Replik. Diese ist ja ihrer Bestimmung nach keine Ergänzung der Klage, sondern ein selbstständiger Prozeßsatz, dem sein ihm eigenthümliches Rechtsgebiet angehört. Die Replik steht gerade in demselben Verhältnisse zur Exception, wie diese zur Klage. In exceptionibus dicendum est, reum partibus actoris fungi oportere (L. 19 pr. D. de probat.) Wir hätten daher gewünscht, daß in dem im Eingange des § 7 der Verordnung von 1846 bezeichneten Falle dem Richter nicht nur freigelassen, sondern zur Pflicht gemacht wäre, Replik und Duplik zu erfordern. Der Richter kann seinen Entschluß doch nur nach Wahrscheinlichkeitsgründen fassen, die sehr oft nicht Stich halten werden. Wie das Gesetz jetzt liegt, wird aber darauf wenigstens eine besondere Aufmerksamkeit gewandt werden müssen, daß eine nicht besonders zugelassene Replik, welche

noch in der mündlichen Verhandlung angebracht wird, dann auch mit aller Sorgfalt klar und bestimmt als solche zu Protokoll registrirt wird.

Alles dies gilt im Ganzen auch von der Duplik.

3) Das neue Gesetz redet nur von vier Schriftsätzen. Diese genügen auch bekanntlich für die Regel. Im Gegentheil, wer aufmerksam dem gewöhnlichen Prozeßgange folgt, findet, daß schon die eigentlichen Duplikationen, die Rechtsbegründungen, welche zur eigentlichen Replikation in dem Verhältnisse stehen, wie die Exception zur Klage, zu den im Ganzen seltnen Ausnahmen gehören. In der Regel enthalten die Dupliken nur die Vertheidigung der Exceptionen gegen die Repliken. Dennoch ist es völlig richtig, wenn den Dupliken allgemein dasselbe Recht, wie den Repliken, eingeräumt ist; es ist dies schon deshalb das Richtige, damit selbst jeder Schein einer ungleichen Behandlung der Parteien vermieden wird. Andererseits kommen aber auch Fälle vor, in denen selbst die Duplik zur erschöpfenden Erörterung des Rechtsfalles nicht genügt. Wir konstruiren folgenden Fall:

Klage aus einem Darlehn,

Exception der Kompensation,

Replik, die zur Kompensation gebrauchte Forderung sei schon früher verjährt, und

Duplik, die Verjährung sei unterbrochen.

Diese eigentliche und wirkliche Duplik beruht also auf Thatsachen, welche jetzt zuerst angeführt werden. Der Verklagte hatte früher keine Veranlassung, sie vorzubringen, konnte vielleicht nicht ahnen, daß er ihrer bedürfen werde. Auch müssen nach guter Prozeßregel alle anticipirten Repliken und Dupliken, die nur Verwirrung in den Prozeß bringen, ver-

mieden werden. Jedenfalls darf der Kläger unter dem Gange der Sache nicht leiden. Ihm muß also die Erklärung auf die Duplik und die Triplik, die er etwa haben mag, unbedingt frei bleiben. Raum dafür gewährt das mündliche Verfahren und für solche sehr seltne Ausnahmsfälle genügt dies im Ganzen auch wohl, sofern nur auch hier für scharfe und bestimmte Aufstellung der Triplik im Protokolle gesorgt wird. Sonst würden wir aber auch der Ansicht sein, wie nichts entgegenstehe, daß der Richter in Fällen der Art, namentlich wo es sich von besonders wichtigen Gegenständen handelt, auch noch eine Triplik, dann aber auch — der Gleichheit der Parteirechte wegen — die Quadruplik nachfordre. Die schriftliche Verhandlung der Sache ist nachgelassen und soll dann eine erschöpfende sein. Der § 7 der Verordnung von 1846 stellt die Regel auf, wie diese erschöpfende Erörterung herbeizuführen ist. Macht die klare Lage der Sache zur Erreichung des gesteckten Zieles eine Ausnahme nöthig, so muß für diese nicht nur überhaupt Raum sein, sondern dabei doch eigentlich auch ein Verfahren eintreten, wie es für die völlig analogen, ja ganz gleich stehenden andern Prozeßsätze vorgeschrieben ist. So wäre dies etwa abzuleiten. Das versteht sich aber von selbst, daß, wenn ja eine Triplik und Quadruplik gefordert werden, diese Prozeßschriften in ganz gleicher Art der Eventualmaxime unterliegen, wie dies für Replik und Duplik verordnet ist (§ 8 Verordnung vom Jahre 1846), und wie sie es sind, wenn sie zur mündlichen Verhandlung ausgesetzt bleiben.

Wir hielten es nicht unangemessen, hierauf aufmerksam zu machen, legen übrigens auf diese letzte Bemerkung kein besonderes Gewicht, da eines Theils hier von einem Bedürfniß

die Rede ist, welches, wie gesagt, sich nur in den allerseltensten Fällen geltend macht, andern Theils aber für den Nothfall immer die mündliche Verhandlung Aushülfe gewährt. Ganz anderes Gewicht würde die Bemerkung, deren Richtigkeit an sich nicht bezweifelt werden wird, dann haben, wenn die ganze Instanzverhandlung mit dem letzten Prozeßsatze abschlösse. —

Der Bagatellprozeß.

Es ist ein großer Uebelstand, wenn die Thätigkeit des Richters viel für unnütze Kleinigkeiten in Anspruch genommen wird, und ein sehr bedeutendes Uebel, wenn der Richter mit eigentlicher Arbeit, besonders mit solcher, die mehr untergeordneter Art ist, überlastet wird. Wo eine Gerichtsstube den Eindruck macht, daß der Richter von den Massen der Sachen fast erdrückt wird, wo alles Einzelne in raschester Eile seine Erledigung finden muß, wo darüber Unruhe, Ungeduld, etwa ein lärmendes Wesen entsteht, da wird das Vertrauen der anwesenden Parteien auf eine Probe gestellt, die es nicht bestehen kann. — Wer Beobachtungen darüber anstellen will, kann bald die Erfahrung machen, daß die Parteien sich oft über Erwarten willig in eine ihnen nachtheilige Entscheidung des Richters finden, wenn dieser ihnen gegenüber nur unausgesetzt eine besonnene Haltung sich bewahrte und wenn er Zeit hatte und Geduld behielt, die Leute ruhig anzuhören und sie ausreden zu lassen; er wird aber auch finden, daß sie vielfach in ähnlichen Fällen mit dem entschiedenen Eindruck, ihnen sei bitteres Unrecht geschehen, das Gerichtszimmer verlassen, wenn sie sich nicht vollständig aussprechen konnten, wenn der Richter sich damit begnügen mußte, ihnen die Haupt-

sachen nur kurz abzufragen und wenn er dabei vielleicht ungeduldig und heftig wurde.

Daß die Gerichte das Vertrauen ihrer Gerichtseinsassen haben, ist für sie unbedenklich von größter Wichtigkeit, es ist aber fast noch wichtiger für die Gerichtseinsassen selbst. —

Die Preußischen Richter waren in der vorher bezeichneten Rücksicht theilweis in einer sehr üblen Lage. Uns liegen amtliche Nachrichten vor, nach denen in manchen Gerichtssprengeln auf Einen Bagatellgerichtstag oft hundert und mehr Termine anberaumt werden mußten. Diese Masse Sachen sollte also Ein Richter bewältigen. Mag man die Zahl der durch Agnition, Kontumazialanträge und Entsagung erledigten Sachen hierbei auch noch so groß annehmen, eine gewisse Zahl von Sachen blieb doch zur Verhandlung übrig und für jede Sache sollte ein Protokoll aufgenommen werden. Es ist nicht anders möglich, als daß sich Richter und Parteien unter solchen Umständen in einer Lage fühlten, die ihnen mehr als peinlich sein mußte, ganz abgesehn noch davon, wie manche Sache bei einem so eiligen Verhandeln in einen wesentlichen Nachtheil kam, der hätte vermieden werden können und wohl vermieden wäre, wenn den Verhandlungen die erforderliche Muße zu widmen gewesen wäre.

Nach andern amtlichen Nachrichten sind allein „im Departement Paderborn im Jahre 1839 über 79000, im Jahre 1840 über 96000 und im Jahre 1841 sogar 134900 Bagatellprozesse anhängig gewesen. Von der letzten Zahl sind 105651 durch Agnition, Kontumazialerkenntnisse und Entsagung, welche letztere fast ohne Ausnahme nur wegen geleisteter Zahlung erfolgt, abgemacht, also unstreitig gewesen und auch unter den als verglichen bezeichneten

finden sich ohne Zweifel viele, bei denen die Sache nicht bestritten war und der Vergleich nur darin bestanden hat, daß Frist bewilligt wurde, was eben so gut außerhalb des Gerichts zu erreichen war."

Faßt man alles dies zusammen, so ergiebt sich leicht, wie wichtig die an sich sehr einfache Aenderung ist, welche der § 28 der Verordnung vom 21. Juli 1846 bei dem Verfahren im Bagatellprozeß eintreten läßt. Sie besteht darin, daß während nach dem Bagatellprozeß der Verordnung vom Jahre 1833 ein eventuell in Rechtskraft übergehendes Mandat mit einem darin anberaumten Termine verbunden war, nach der neuen Verordnung dann, wenn die Klage die Zahlung einer Geldsumme oder die Gewährung anderer fungibler Sachen zum Gegenstande hat, also in den bei Weitem zahlreichsten Fällen, ein Mandat ohne Termin mit bloßer Fristbestimmung erlassen wird. Danach wird also zu der eventuellen Prozeßverhandlung nicht schon aus der Klage, sondern erst aus dem Widerspruche des Verklagten die Veranlassung entnommen; mit andern Worten, die weitere Verhandlung wird erst eingeleitet, wenn der Verklagte sie verlangt, nicht schon, wenn die Klage eingegangen ist. Gefährdet ist der Verklagte dadurch in keiner Art, da sein einfacher Widerspruch, schriftlich oder mündlich, genügt, um die Rechtskraft des Mandats aufzuhalten.

So wird die bei Weitem größte Zahl der bisher in Bagatellsachen abgehaltenen Termine gespart und deren Anberaumung auf das reelle Bedürfniß reducirt; es werden damit aber zugleich in ganz angemessener Weise die Sachen, in denen es nur auf eine Rechtshülfe ankommt, von denen gesondert, bei denen ein wirklicher Rechtsstreit obwaltet. Prozeßord-

nungen, welche diese Sonderung nicht sorgsam genug vornehmen (die Aufstellung einer für alle Fälle das Richtige treffenden Grenze ist freilich unmöglich), führen immer dazu, daß die Rechtshülfe, die promt sein muß, verschleppt und daß andererseits die wirklichen Rechtsstreitigkeiten, zu denen unsers Erachtens den Parteien so viel Zeit gelassen werden kann, als sie in gegenseitiger Zustimmung irgend in Anspruch nehmen, übereilt und unnöthig gedrängt werden.

Mit dieser Einrichtung, welche sich an ähnliche Institute anschließt, die in Hannover, Baden, Nassau und in Neuvorpommern, namentlich in Stralsund sich als zweckmäßig bewährt haben, ist also ein zweiter reiner (unvermischter) aber bedingter Mandatsprozeß eingeführt, neben dem der ältere, ungeändert gebliebene der Verordnung vom 1. Juni 1833 Tit. 1 fortbesteht. Beide, die im Ganzen in gleicher Art eingeleitet werden, unterscheiden sich von einander darin, daß

1) der Verklagte (Impetrat) in dem ältern Mandatsprozesse die Rechtskraft des Mandats nur dadurch abwenden kann, daß er innerhalb der ihm gestellten Frist seine Einwendungen selbst vorbringt, während im neuen Mandatsprozesse, wie bemerkt, der bloße Widerspruch des Verklagten hierzu genügt;

2) daß im ältern Mandatsprozesse die Rechtskraft des Mandats (da das Klagfundament schon bescheinigt oder bewiesen ist) nur durch das Vorbringen liquider Einreden aufgehalten werden kann, während, wenn im neuen Widerspruch eingelegt ist, die in ihrem Fundamente noch nicht bescheinigte Klage im ordentlichen Prozesse mit Zulassung aller Einreden verhandelt wird; und daß deshalb

3) in jenem nur entweder auf Zurücknahme oder auf Vollstreckung des Mandats erkannt wird, so daß die weitere Erörterung und Entscheidung der Hauptsache im ordentlichen Prozesse vorbehalten bleibt, dagegen in diesem gleich die Hauptsache selbst vollständig zur Erörterung und Entscheidung gebracht wird.

Die Gerichte werden bei der großen Verwandtschaft, in der sonst die beiden Arten des Verfahrens stehen, um so mehr Vorsicht anzuwenden haben, als die Parteien leicht zu ihrem großen Nachtheil das eine Verfahren mit dem andern verwechseln können, zumal bei Bagatellobjekten, die sich zu dem ältern Verfahren eignen und nach der nicht geänderten Bestimmung des § 75 der Verordnung vom 1. Juni 1833 fortwährend nach dem strengern ältern Verfahren behandelt werden müssen. Es wird besonders darauf ankommen, daß in dem im ältern Verfahren zu erlassenden Mandate dem Verklagten sehr bestimmt und klar gesagt werde, was er zu thun hat, um die Rechtskraft des Mandats zu verhindern.

Das Kontumazialverfahren.

Einen sehr unbefriedigenden, nach unsrer Ansicht überhaupt verfehlten Gang hat im Preuß. Prozesse die Theorie von den gegen Kontumazialbescheide zulässigen Rechtsmitteln genommen und dies zwar ganz ohne Schuld der Gerichtsordnung von 1793.

Der schon aus dem Römischen Rechte herrührende und vom gemeinen Deutschen Prozesse beibehaltene Grundsatz ist der: contumax non appellat.

Dieser Satz will nicht sagen und kann nicht sagen wollen, daß ein in contumaciam verurtheilter Verklagter niemals

das Rechtsmittel der Appellation habe, vielmehr giebt es Fälle, in denen gerade dies Rechtsmittel das einzige ihm zustehende ist, das einzige, durch welches er die ihm nöthige Hülfe erlangen kann.

Wer mit Unrecht als contumax angesehen war, wem etwa die Citation gar nicht insinuirt war, hatte mit der Appellation das Kontumazialurtel als ohne Grund ergangen anzufechten und zu beseitigen.

Wer ferner zwar wirklich contumax war, aber behauptete, daß aus seiner Kontumaz in dem ergangenen Urtel zu seinem Nachtheil unrichtige Folgerungen abgeleitet seien, konnte sich gegen diese nur durch Appellation schützen.

Im erstern Falle leugnete der Verklagte die Grundlage des Urtels, im letztern ließ er diese stehn, er bestritt aber die gezogene Konsequenz.

Jener Satz hat nur den Sinn: so weit jemand wirklich contumax ist, kann er sich gegen die richtig aus seiner Kontumaz gezogenen Folgerungen mit keiner Appellation schützen, oder mit andern Worten, niemand kann durch Appellation eine ihm zur Last fallende Kontumaz ungeschehen machen.

Daß dies nicht willkührlich gewählte, nicht solche Sätze sind, denen man mit eben so gutem Grunde andere hätte substituiren können, sondern daß sie eine ganz richtige und deshalb nothwendige Ableitung aus der Theorie enthalten, liegt auf der Hand.

Wenn ein Verklagter, der wirklich contumax war, gegen ein Urtel, welches die Folgen seiner Kontumaz richtig gezogen hatte, die Appellatiou einlegte, so konnte er aus dem einfachen Grunde damit nicht zum Ziele kommen, weil ja der zweite Richter das auf richtiger Grundlage beruhende Urtel be-

stätigen mußte. Er wurde mit einem solchen Angriff daher gar nicht zugelassen.

Das einzige Mittel zur Beseitigung der Kontumaz selbst lag deshalb in der Restitutio in integrum, wodurch, wenn sie erlangt wurde, der geschehene Akt ungeschehen gemacht und der Prozeß in das vorige Stadium zurückversetzt wurde, so daß nun der kontumazirte Theil die früher versäumte Prozeßhandlung noch vornehmen konnte.

Die Theorie hiervon ist im gemeinen Prozesse nach und nach durch Wissenschaft und Praxis so ausgebildet, daß man sie wohl als eine völlig reife und jetzt ganz zweifellose bezeichnen kann. Es ist interessant, ihrer allmäligen Entwicklung nachzugehn.

Die Preußische Prozeßordnung nahm diese Theorie in den dritten Abschnitt des vierzehnten Titels so auf, wie sie, damals sich im gemeinen Deutschen Prozesse schon ausgebildet hatte, sie hätte also jede konsequente weitere Ausbildung zugelassen, die sich später in der gemeinen Deutschen Prozeßtheorie bis zu der erwähnten Vollendung hin Bahn brach.

Aber was geschah. Der Großkanzler Goldbeck meinte, das Rechtsmittel der Restitution „gebe nur zur Verzögerung der Rechtspflege Anlaß, es werde vielfältig, besonders von bösen Schuldnern, gemißbraucht" und er legte daher eine Verordnung vor, durch welche dies Rechtsmittel und mit ihm der ganze Abschnitt 3 des Titels 14 völlig abgeschafft, den in contumaciam verurtheilten Verklagten dagegen die Appellation, natürlich in appellabeln Fällen, allgemein freigegeben wurde.

Cirk. Verordnung vom 30. Dezember 1798 Abschnitt 11.

Dabei konnte es freilich nicht bleiben, es war damit zu sehr gegen alle gesunde Theorie angestoßen und so mußte

sich denn der Großkanzler bald entschließen, eine andere Verordnung vorzulegen, wodurch jener Abschnitt seiner Cirk. Verordnung von 1798 wieder aufgehoben und der dritte Abschnitt des vierzehnten Titels der Prozeßordnung im Ganzen wieder hergestellt wurde. Bei der Appellation wurde es aber doch belassen, so daß der Verklagte in appellabeln Sachen nun ein doppeltes Rechtsmittel hatte.

Ueber die spätere Entwicklung der Sache bemerken wir nur im Allgemeinen, wie neben der dem Verklagten gewährten großen Erleichterung, bei der es lediglich von seinem Entschlusse abhängig war, die eingetretene Kontumaz ohne alles Weitere völlig zu beseitigen, dieses Kontumazialverfahren selbst immer mehr und mehr geschärft wurde. Es sind dies bekannte Sachen. Bis zu dem Grade bildete sich diese Verschärfung aus, daß ein Untergericht einmal anzeigen konnte, bei ihm sei der Beschluß gefaßt, auch dann sei der Verklagte zu kontumaziren, wenn er zwar noch zu der Zeit in das Gerichtszimmer trete, zu welcher die Uhr die ihm gesetzte Stunde noch schlage, doch aber erst dann, nachdem der erste Schlag schon gehört sei.

Wir meinen, alles das hätte nicht so sein sollen, indessen für die appellabeln Sachen lag wenigstens kein sehr wesentlicher, kein Hauptnachtheil in dieser Lage der Dinge.

Desto übler erging es den nicht appellabeln Sachen. Für diese war gerade in den Fällen gar keine Hülfe, in denen sie den Parteien am Ersten und unbedingt hätte zu Theil werden sollen. Gerade die Partei, die vielleicht meilenweit her zu dem Termine gegangen, aber um eine oder einige Minuten zu spät gekommen war, konnte das Restitutionsgesuch nicht begründen. Sie war erschienen und konnte

also nicht einmal behaupten, daß sie zu erscheinen verhindert gewesen, der Nachweis aber, daß sie nicht eine Minute früher habe erscheinen können, mogte immer wohl unmöglich sein.

Hier war also auf das Dringendste Hülfe nöthig.

Wir müssen anerkennen, daß die neue Verordnung eine solche Hülfe und wie uns scheint, in genügender Weise bringt; aber freilich ist es in einer Art geschehen, die unsern Ansichten, wie die Sache überhaupt wohl zu behandeln wäre, nicht entspricht.

Der bisher betretene Weg ist weiter verfolgt, es ist kein neuer Weg eingeschlagen. Das Kontumazialverfahren ist auf's Neue verschärft, die Hülfe gegen Kontumazialbescheide ist aber auch auf's Neue wieder wesentlich erleichtert.

Das erstere ist geschehn, indem die Anklage der Kontumaz Seitens des Klägers, sein Antrag auf Verurtheilung des zu kontumazirenden Verklagten für unnöthig erklärt ist (§ 4), was zur Folge hat, daß die purgatio morae (contumaciae) des gemeinen Prozesses, in der eine andere ganz angemessene und wenigstens in sehr vielen Fällen ausreichende Hülfe zu finden gewesen wäre, nicht mehr angewandt werden kann; das andere ist aber geschehn, indem es jetzt nach § 31 nicht mehr zu den Erfordernissen eines Restitutionsgesuchs gehört, daß Ursachen, die den Verklagten verhindert haben zu erscheinen oder den nöthigen Prozeßakt vorzunehmen, nicht mehr angegeben und bescheinigt zu werden brauchen, eine Bestimmung, mit der man sich der Theorie des code de procedure genähert hat.

Ein Verklagter kann hiernach jetzt die Folgen der Kontumaz dadurch von sich abwenden, daß er innerhalb zehn Tagen unter Beantwortung der Klage um Restitution bittet. Hat

er dem Gegentheil auch nicht, wie er sollte, die Kosten erstattet, so hindert das wenigstens nicht seine Restitution.

Eigenthümlich ist aber, daß selbst in diesen Bestimmungen ein Element liegt, mit dem sich der Preußische Prozeß wieder in einige Verwandtschaft zum gemeinen Deutschen Prozesse gesetzt hat. Es ist das gerade dadurch geschehn, daß die frühere übergroße Schärfe des Verfahrens zuletzt sich selbst hat brechen müssen.

Bekannt ist, daß der gemeine Prozeß bei dem Kontumazialverfahren von Grundsätzen ausgeht, die den vom Preußischen Prozesse bisher befolgten geradezu entgegengesetzt sind. Er ist sehr milde bei dem Eintritt der Kontumaz, aber streng bei ihrer Wiederbeseitigung. Die erste Bedingung des Eintritts ist die, daß der versäumte Termin ein peremtorischer gewesen. Ein peremtorischer ist aber in der Regel erst der dritte, nur selten und in besonderen Fällen der erste. Wer aber in mehreren hintereinander zu demselben Zwecke angesetzten Terminen unentschuldigt ausbleibt, gegen den kann mit voller Beruhigung ein ernstes und ein nicht so leicht zu beseitigendes Kontumazialverfahren angewandt werden.

Die von uns angenommene neue Verwandtschaft des Preußischen Prozesses mit dem gemeinen liegt aber darin, daß mit den neuen Anordnungen der anberaumte Termin (oder die gestellte Frist) eigentlich aufgehört hat, ein peremtorischer zu sein. Der Verklagte wird zwar unbedingt contumax, wenn er im Termine nicht erscheint, es schadet ihm das aber nichts, er hat noch zehn Tage Zeit, die Klage zu beantworten, er muß nur die Bitte um Restitution anhängen. Der Sache nach liegt wirklich die eigentlich peremtorische Frist jetzt an dem Ende des Fatalis des Restitutionsgesuchs, in

appellabeln Sachen sogar erst an dem Ende des längern Appellations Fatalis. Bis dahin ist in der That nichts definitiv versäumt, nur geht im letztern Falle das Recht der ersten Instanz verloren, insofern nicht etwa der Kläger auch dafür hilft.

Wir erkannten an, daß die neue Verordnung für den vorher bezeichneten großen Uebelstand Hülfe geschafft habe und das ist vor Allem wichtig. Wir wünschen aber sehr, daß die ganze Kontumazial- und Restitutionstheorie noch einer andern Entwicklung entgegen gehen möge, in welcher die Abhülfen einen besser begründeten theoretischen Anhalt und eine konsequentere Verbindung mit andern unzweifelhaften Prozeßprincipien finden. Der übrige Inhalt der Verordnung giebt Gewähr genug, eine Erfüllung dieser Wünsche auch hoffen zu dürfen, und so irren wir wohl nicht, wenn wir die hier in Frage kommenden Bestimmungen als nur provisorische ansehn, die nur deshalb ihre Stelle in der Verordnung gefunden haben, weil sofortige Hülfe unbedingt geschafft werden mußte, eine Gewährung derselben in einer besser begründeten Weise aber nicht „jetzt schon" zulässig war. —

Die Beschwerden über Prozeßverfügungen.

Wenn die über Prozeßdekrete zu erhebenden Beschwerden bisher nicht bei dem Gerichte der höhern Instanz, sondern bei der Aufsichtsbehörde, also zuletzt dem Justizminister anzubringen waren, so war das allerdings ein großer Uebelstand, der nicht gering geachtet werden durfte. Andererseits konnte die Wichtigkeit der abnormen Einrichtung aber auch überschätzt werden. Offenbar wäre diese letztere völlig unerträglich gewesen und gewiß auch schon viel früher abgeschafft,

wenn sie mit einer andern Prozeßart, also z. B. mit dem gemeinen Deutschen oder dem Französischen Prozesse in Verbindung gebracht wäre. In diesen sind die Dekrete mehr oder weniger immer ein Ausfluß der eigentlich richterlichen (richtenden) Gewalt, sie enthalten also zugleich ein Element gerichtlicher Entscheidung. Die Kabinetsordre vom 6. September 1815 beschränkt sich in ihrem Konterte nicht auf die Provinzen der Preußischen Gerichtsordnung, ist aber dennoch unsers Wissens nie auf die Prozesse in den Rheinprovinzen oder in Neuvorpommern angewandt. Ihre Anwendung war dort, der Sache nach, eine Unmöglichkeit. Daß sie bei den Gerichten, die nach der Preußischen Prozeßordnung zu verfahren hatten, möglich war, hing wieder wesentlich mit den Grundprincipien und der innern Konstruktion dieses Prozesses zusammen. Die Aufgabe, in freier Thätigkeit und ohne unbedingt von den Anträgen der Parteien abhängig zu sein, den eigentlichen Zusammenhang des Rechtsfalles zu ermitteln, die Instruktion des Prozesses also, war dem Deputirten des Gerichts übertragen. Ihm blieb in so weit die Beurtheilung und Bearbeitung der Sache überlassen. „Alles, was zur Instruktion der Sache erfordert wird, wird gesagt, ist der Deputirte des Gerichts von Amtswegen zu verfügen berechtigt und die Parteien müssen seinen Anweisungen unweigerlich Folge leisten. So bald daher die eigentliche Instruktion der Sache einmal angefangen ist, muß der Deputtire für alles, was zu deren fernerem Betriebe gehört, sorgen und von ihrer schleunigen Fortsetzung Rede und Antwort geben" (§ 6 u. 7 Tit. 10 Th. I A. G.-O.). Der Deputirte hatte also im Laufe der Instruktion der Regel nach die Dekretur es „darf, heißt es an einer andern Stelle, in der Regel der

Lauf der Instruktion durch Vorträge im versammelten Kollegium und durch Erlassung schriftlicher Verfügungen (dieses letztern) nicht unterbrochen werden, sondern die Akten bleiben so lange in den Händen des Deputirten, bis er dieselben völlig instruirt vorlegen kann". (§ 16 ibid.) Werden Anträge beim Kollegium selbst nöthig, so sollen diese vom Deputirten in einem Promemoria angebracht werden, dem nicht jedesmal die Akten beizufügen sind. (§ 17 ibid.) u. s. w.

Die Dekretur des Instruenten und eventuell des Gerichts selbst war aber auch eine freie, wie das ganze Verfahren ein freies war. Ein bestimmter, festgeordneter Gang des Verfahrens war nicht vorgeschrieben und konnte nach der Natur des Grundprincips nicht vorgeschrieben werden. Auf zur Sprache kommende, erheblich scheinende Umstände mußte der Instruent immer Rücksicht nehmen „ohne sich daran zu kehren, in welchem Zeitpunkte dieselben zum Vorschein kamen". (§ 3 ibid.) Das leitende Moment für das Verfahren lag allein darin, wie der Instruent und das ergänzend eintretende Kollegium die individuelle Sache individuell auffaßten. Ein anderer Instruent wäre vielleicht nach einem andern Plane ganz anders verfahren. Die größere oder geringere Zweckmäßigkeit des Plans war das Entscheidende und jedenfalls war klar, daß keine während der Instruktion ergehende Verfügung für die Hauptsache selbst präjudizirlich sein sollte. Alles, was ein Element der Entscheidung enthielt, sollte dem Urtel vorbehalten bleiben.

Hält man sich dies gegenwärtig, so kann man begreiflich finden, wie sich die Ansicht feststellen konnte, eine Beschwerde über prozeßleitende Verfügungen gehöre vor die Aufsichtsbehörde. Man konnte es als einen Ausfluß der Disciplinar-

gewalt ansehn, hier nöthigenfalls einzuschreiten, denn der Instruent hatte entweder aus Mangel an Fleiß und Sorgfalt oder aus Mangel an zutreffender Beurtheilung gefehlt. Es war unangemessen verfahren und die Sache sollte in den angemessenen Gang gebracht werden. Ein Eingriff in die eigentlich richterliche Thätigkeit war darin anscheinend nicht zu finden, da alles bei der Aburtelung noch zur Prüfung kommen sollte, diese aber völlig unbeschränkt den Gerichten im ordentlichen Instanzenzuge verblieb.

Wir sagten, so ist es begreiflich, wie sich die ungewöhnliche Einrichtung ausbilden konnte und wiederholen, daß sie bei solcher Lage der Dinge wenigstens viel weniger bedenklich war, als dies unter andern Umständen der Fall gewesen sein würde.

Aber ein großer Uebelstand war sie dennoch. Sie war es schon deshalb, weil die vorher ausgesprochene Voraussetzung, als bleibe über alles materielle Recht die richterliche Bestimmung ganz unberührt und frei, doch nicht ganz richtig war. Die Einschreitungen der Oberaufsichtsbehörden waren nicht auf Fragen beschränkt, die im Laufe der Instruktion vorkommen konnten und auf eine blos formale Leitung dieser letztern. Auch in solche Fragen wurden sie hineingezogen, mit deren Entscheidung materielle Rechte standen und fielen. Die Einschreitungen der Oberaufsichtsbehörden konnten auch hier nicht versagt werden, weil ein andrer Weg der Abhülfe nun einmal nicht in der Verfassung lag. Die Kabinetsordre vom 6. September 1815 redet ausdrücklich auch von Einleitung eines Prozesses, von Zulassung von Rechtsmitteln, von Legitimations-Beurtheilungen, von der Exekution und reservirt den Gerichten ausdrücklich nur die unabhängigen

Entscheidungen durch Erkenntniß. Es ist aber klar, daß die durch alle Aufsichtsinstanzen bestätigte Zurückweisung einer Klage per decretum für den Kläger der Regel nach ganz dieselbe Wirkung hat, wie eine rechtskräftige Abweisung durch Urtel und Recht nach erörterter Sache. Nur unter besondern Umständen (etwa im Wege einer bei einem andern Gerichte angebrachten Rekonvention) konnte ein solcher Kläger sich noch rechtliches Gehör verschaffen und dann stand ihm exceptio rei judicatae freilich nicht entgegen.

Wir reden hier von der Bedenklichkeit des formalen Rechtszustandes, nicht davon, wie die Sache wirklich zur Ausführung kam. In dieser Ausführung beseitigten sich in der Regel die Bedenken durch die Behandlung der Sache. Die Aufsichtsbehörden erkannten bald an, wie die größte Vorsicht, ja eine gewisse Peinlichkeit, gerade ihrer Stellung zur Sache wegen, unerläßlich sei. Die Beschwerden wurden weniger in der Tendenz eigentlicher gerichtlicher Prozeßakte, sondern in der Regel mehr in der Richtung erledigt, daß jedenfalls möglichen materiellen Nachtheilen vorgebeugt wurde. Eine versagte Beweisaufnahme wurde lieber zugelassen, die Einleitung einer a limine zurückgewiesenen Klage erlangte der insistirende Kläger in der Regel zuletzt doch. Die Bedenken nahmen jetzt die umgekehrte Stellung ein, sie schlugen in das Gegentheil über und unter allen Umständen blieb das Resultat, daß das Ansehn der Gerichte durch die bestehende Einrichtung wesentlich gefährdet und beeinträchtigt wurde.

Eine gründliche Abhülfe war schon hienach dringend zu wünschen.

Sie wurde aber ganz unerläßlich, als der Preußische Prozeß selbst eine Wendung nahm, mit der er sein altes

Grundprincip verließ. Die Dekrete erhielten nunmehr überhaupt eine ganz andre Wichtigkeit, zum Theil ganz klar ein richterlich-entscheidendes Element und damit wurde die Bedeutung der Remedur auf Beschwerden und der Stellung der zur Erledigung der Beschwerden berufenen Aufsichtsbehörden eine ganz andere.

Wir heben nur beispielsweise einen Fall hervor.

War der Mandatsprozeß vom kompetenten Richter abgeschlagen und wurde deshalb eine Beschwerde angebracht, so ging diese nach der früher bestehenden Verfassung an die Aufsichtsbehörde, also von einem Obergerichte an den Justizminister. Hätte dieser sich nun dazu entschlossen, das Mandat anzuordnen und der Verklagte hätte die ihm gestellte Frist, ohne Einwendungen anzubringen, verstreichen lassen, so wäre das Mandat vollstreckbar geworden, hier also ein rechtskräftiges, lediglich auf einer Ministerialverfügung beruhendes, sogar gegen die ausgesprochene Ansicht des kompetenten Gerichts anstoßendes Urtel zur Vollstreckung gekommen. Ob dies wirklich so zu halten sei, wurde gleich nach dem Erscheinen der Verordnung vom 1. Juni 1833 zweifelhaft. Diese verwies im § 5 einen solchen Rekurs an die dem Richter vorgesetzte Instanz, der § 4 der Instruktion vom 24. Juli 1833 redete dabei von der vorgesetzten Behörde. Die Gerichte verstanden theilweis hierunter die Beschwerdeinstanz, die Aufsichtsbehörde, und wir können nicht sagen, daß sie nach der einmal bestehenden Verfassung darin unrecht hatten. Der Justizminister war aber andrer Ansicht und fand es „jedenfalls zweckmäßig", die Entscheidung auf solche Beschwerden der Instanz, welche in appellatorio zu erkennen haben würde, zu „übertragen".

Damit wurde die Sache in guter Richtung regulirt, aber freilich nur durch Ministerialreskripte und eigentlich nur durch eine Delegation, welche gerade eine Kompetenz des Ministers, solche Sachen selbst zu entscheiden, voraussetzte und in so weit diese Kompetenz auch aufrecht erhielt.

Man sieht, die Beschwerdeinstanzen mußten nun überhaupt anders geordnet werden, auch die hiefür bestehende Einrichtung mußte mit dem Grundprincipe der Preußischen Prozeßordnung fallen. Bekannt ist, daß der Minister Mühler schon vor mehreren Jahren Einleitungen getroffen hatte, welche die Abgabe der Beschwerdesachen von dem Justizministerium an das Geheime Obertribunal herbeiführen sollten.

Die neue Verordnung bringt in den §§ 34—37 auch diese Abhülfe und zwar in größerer Ausdehnung. Den Aufsichtsbehörden überhaupt bleibt nach § 37 nur das, was ihnen entschieden gehört. Alle Beschwerden über verweigerte Einleitung eines Prozesses oder eines Rechtsmittels und über das Prozeßverfahren selbst im Laufe der Instanzen sollen dagegen an die zur Aburtelung der Sachen in den höhern Instanzen berufenen Gerichte übergehen.

Die Maaßregel ist von so großer Wichtigkeit und in einem Maaße mit dem lebhaftesten Danke zu erkennen, daß wir für unsre Pflicht erachten, mit der Aufstellung von Spezialfragen über die Ausführung zurückzuhalten, welche gegen unsre Absicht den Anschein von Bedenken annehmen könnten. Wo das Große erreicht ist, wird alles Kleine sich auch schon fügen und ordnen, und das um so leichter, da alles nur in den Händen der Obergerichte und des Geheimen Obertribunals liegt.

Aber etwas Anderes müssen wir noch erwähnen. Unbedenklich enthält vorzugsweise diese wichtige Maaßregel zur

Zeit nur einen ersten Schritt. Wenn auf irgend eine Bestimmung, so findet auf sie das „schon jetzt zulässig" volle Anwendung. Es ist gewiß keine gewagte Prophezeiung, daß hier zuerst ein dringendes Bedürfniß zu einer weitern Ausbildung hervortreten wird. Ist den Gerichten und ihrer Leitung allein die weitere vorläufige Regulirung der Sache, die Herausbildung fester, mit dem jetzigen Prozesse in Einklang stehender Principien u. s. w. überlassen, so ist gewiß die Meinung, daß damit zunächst das reelle Bedürfniß sich klar herausstellen und das zuverlässige Material geliefert werden soll, welches zur weitern Entwicklung des Instituts genügenden und einen fest abgeschlossenen Stoff giebt.

Wohin wird aber diese weitere Entwicklung führen?

Zunächst scheint klar, daß die Beschwerdeinstanz mit schützenden Formen versehen werden wird, die das Ungehörige abwehren, daß also Fristen, die jetzt nur für eine Art der Beschwerden angeordnet sind (§ 34), daß schriftliche Einführung mit Unterschrift und unter Vertretung eines Justizkommissars, vorgeschrieben, daß eine Wiederholung derselben Beschwerde in derselben Instanz untersagt werden wird u. s. w.

Aber werden die Beschwerden auch in der Allgemeinheit zulässig bleiben, wie sie es jetzt sind? — Wir meinen Nein!

Ueberhaupt schweben uns nur zwei Wege vor, welche die spätere Entwicklung der Sache nehmen könnte.

Entweder bildet sich ein förmliches Rechtsmittel gegen Interlokute aus,

oder die Mehrzahl der Beschwerden wird für ganz unzulässig erklärt.

Für das Erstere würde das Folgende sprechen:

Es ist offenbar etwas ganz Anderes, wenn eine Remedur

auf eine Beschwerde von dem höhern *Richter*, als wenn sie von der *Aufsichtsbehörde* ausgeht. Jene erfolgt nach andern Grundrücksichten, hat aber auch eine ungleich größere innere Wichtigkeit als diese. Aendert der Appellationsrichter eine Verfügung des Richters erster Instanz, so spricht sich hierin, je nach Unterschied der Fälle, schon mehr oder weniger eine Ansicht dieses zweiten Richters aus, welche von weiterm Einflusse ist. Es kann sich dabei unter Umständen schon sehr klar selbst das darlegen, welche Auffassung der höhere Richter hinsichtlich der Hauptsache selbst für die richtige hält. Diese Ansicht wird der Richter später nicht wieder fallen lassen, er wird nicht mit sich selbst in Widerspruch treten. Die Parteien werden sich hierauf stützen, hienach ihre weitern Maaßregeln nehmen. Eine solche Verfügung des höhern Richters hat hienach schon ein Element in sich, womit sie etwas Aehnliches von dem herbeiführt, was in der Rechtskraft der unangefochtenen oder der nach der Anfechtung durch ordentliche Rechtsmittel zur Entscheidung des höhern Richters gelangten Interlokute liegt. Es wäre nur *ein* Schritt und zwar ein *naher* Schritt, zu dem fast innere Nothwendigkeit hindrängt, daß auch ausdrücklich bestimmt würde, das, was der höhere Richter auf eingegangene Beschwerde anordnet, bleibt nun unbedingt und auch in seinen Konsequenzen für die Hauptentscheidung, so weit es diese zuläßt und nöthig macht, maaßgebend für den ganzen Prozeß, was dann natürlich wieder weiter, nämlich dazu führen würde, daß auch die *unangefochtenen* Interlokute, so weit sie solche Konsequenzen zulassen, in Rechtskraft übergehn.

Das wäre also die eine Art der Entwicklung, aber freilich sie ist eine höchst unwahrscheinliche. Die ganze Richtung der

Zeit und alles, was sich namentlich in Preußen mit Erfolg bei der Sache geltend machen kann, würde dagegen sein, daß sich jetzt noch ein solcher Prozeß ausbilde. Es wäre also diese Richtung mehr nur deshalb in's Auge zu fassen, damit sie vermieden würde.

Soll aber ein anderer Weg eingeschlagen werden, so kann der unsers Erachtens nur darin liegen, daß die Mehrzahl der Beschwerden über das Prozeßverfahren als völlig unnütz und sogar schädlich angesehn und deshalb für ganz unzulässig erklärt wird.

Dieser zweite Weg beruht nämlich eben auf jenem Gegensatze. Es soll kein Interlokut in Rechtskraft übergehn, die ganze Entscheidung soll unbeschränkt den Urteln vorbehalten bleiben.

Bei dieser Voraussetzung wird durch ein Fehlgreifen des ersten Richters im Dekretiren kein definitiver Schaden herbeigeführt. Das Definitivurtel oder das Urtel der höhern Instanz kann alles wieder in Ordnung bringen, was im Laufe des Verfahrens etwa versehen ist. So ist wenigstens die Regel. So weit diese Regel geht, ist aber gerade deshalb auch gar kein Grund, die Beschwerde zuzulassen. Sie erscheint hier lediglich als ein Mißbrauch.

Ist die Sache nicht appellabel, so ist die etwa remedirende Verfügung eines andern Richters ohne Erfolg. Der Richter der Sache soll ja eben durch sie nicht für die Hauptentscheidung gebunden sein. Er trifft diese lediglich nach seiner Ansicht, die Zwischenverfügung des höhern Richters hat darauf keinen Einfluß. Sie ist völlig unnütz gewesen, denn selbst wenn der erste Richter später bei weiterer Ueberlegung selbst seine Ansicht ändern sollte, so geschieht dies eben nur in Folge

seiner weitern Erwägung, welche die Partei selbst anregen konnte.

In appellabeln Sachen ist die Remedur des höhern Richters bei Verfügungen in der frühern Instanz (die höhere Instanz ist künftig bei ihm selbst anhängig) vollends ohne Nutzen. Hält der erste Richter die Erörterung eines Umstandes, ohne daß er später seine Ansicht ändert, unnöthig, so ist sie dies auch wirklich für diese Instanz. Auch die erfolgte Erörterung bleibt dann ohne Einfluß auf die Entscheidung. Nöthig kann eine solche Erörterung nur unter der doppelten Bedingung werden,

1) daß die Sache in die höhere Instanz gelangt und
2) daß der zweite Richter eine Ansicht auffaßt, welche von der des ersten Richters abweicht.

Der Beschwerdeführer kann aber nicht wissen, ob der erste Richter nicht ohnehin nach seinen Anträgen erkennen wird. Vielleicht erhält er gar keine Veranlassung, den höhern Richter anzurufen. Er anticipirt etwas, was zur Zeit noch ohne Bedeutung ist. Von der Einlegung eines Rechtsmittels gegen die Hauptentscheidung ist aber, wenn Interlokute der Rechtskraft nicht fähig sind, selbst die Kompetenz des höhern Richters abhängig. Dieser muß nicht in die Lage versetzt werden, vor dem Eintritt dieser Kompetenz etwas auszusprechen, was nur für den Fall Bedeutung hat, daß er in der Hauptsache zu entscheiden hat.

Also der Regel nach ist das zu frühe Anrufen des höhern Richters, das Anrufen zu einer Zeit, wo die Sache selbst noch nicht an ihn devolvirt ist, völlig unnütz. — Es ist aber auch nachtheilig, weil das zu frühe Aussprechen der Ansicht des Appellationsrichters dann nicht fördernd, son-

dern störend auf die Sache einwirkt, wenn das in dieser Ansicht Ausgesprochene die Rechtskraft nicht beschreiten, also an sich keinen direkten Einfluß auf die Entscheidung der Sache äußern kann. Ueberall ist es gegen jede gute Ordnung des Prozesses, wenn der angerufene Richter in seiner Thätigkeit unterbrochen und ohne Noth gehemmt wird, wenn ein höherer Richter in Fällen einschreitet, in denen dem Unterrichter das Recht der Entscheidung zusteht und wenn diesem Richter eine Direktion zu geben versucht wird, die er als solche anzuerkennen nicht einmal berechtigt ist und die daher wie ein guter Rath des Oberrichters erscheint, welche der Unterrichter seiner Prüfung zu unterwerfen hat.

Nimmt die Sache, wie wir glauben, nach den zuletzt erwähnten Ansichten ihren fernern Verlauf, so kommt es dann darauf an, die Fälle von den übrigen zu sondern, in denen ein Dekret des ersten Richters selbst schon eine definitive Verletzung des materiellen Rechts enthalten kann. Dahin wäre namentlich die Zurückweisung einer Klage a limine judicii in appellabeln Sachen zu rechnen. Hier muß aus sich von selbst ergebenden Gründen eine Beschwerde zulässig bleiben. Ein Dekret, welches eine Klage zurückweist, steht, wie vorher erwähnt, einem Urtel sehr nahe. Man würde unsers Erachtens hier am Zweckmäßigsten das ordentliche Rechtsmittel zulassen. — Die Zurückweisung eines Rechtsmittels hat, je nachdem sie vom judex ad quem oder nur vom judex a quo ausgesprochen wird, eine ganz verschiedene Natur und wäre also auch verschieden zu behandeln u. s. w.

Unsrer Ansicht nach werden also bestimmte Fälle zu bezeichnen sein, in denen allein Beschwerden beim höhern Prozeßrichter in einem bestimmten, noch anzuordnenden Verfahren

angebracht werden dürfen. Für alle übrigen Fälle, welche nicht zu Disciplinarmaaßregeln berechtigen, wird dann jedem Gerichte die Direktion des Verfahrens frei und den Parteien nur vorbehalten bleiben, durch die gegen die Hauptentscheidung zu richtenden ordentlichen und außerordentlichen Rechtsmittel die Abhülfe zu suchen, die sie bei dem Grundsatze, daß Interlokute nicht in Rechtskraft übergehen, in diesem Wege auch zu voller Genüge finden können.

Mit einer solchen Sonderung und Bestimmung würde dann der ganze Prozeß sehr an Ordnung und guter Haltung gewinnen. Praxis und Erfahrung wird aber bald dazu führen, daß die eine Art der Fälle mit Sicherheit von der andern unterschieden werden kann.

Das lebhafte Interesse, welches wir an der wichtigen Angelegenheit nehmen, hat uns weiter geführt, als ursprünglich in unsrer Absicht lag.

Wir würden indessen in unsern Untersuchungen gern noch weiter gehn. Die angeordnete Einführung und Rechtfertigung der Rechtsmittel bei dem Oberrichter, mit der die Richter erster Instanz endlich davon befreit werden, die Rechtsmittel gegen ihre eignen Urtel zu instruiren und deren Rechtfertigung vielleicht selbst zu Protokoll aufzunehmen, die Lehre von den Prozeßfristen, das neue Verfahren beim Geh. Obertribunal, die künftige Stellung der Referendarien und Anderes könnte noch manchen interessanten Stoff dazu bieten. Es ist uns aber die Muße zu weitern Erörterungen versagt. Andere Kräfte werden sich dem wohl zuwenden. —

Nur Eines muß hier noch eine kurze Erwähnung finden, nämlich die überaus wichtige Veränderung, welche mit dem

Advokatenstande

vorgeht.

Ihm ist nun wieder seine völlig freie, unabhängige Stellung in den Prozeßsachen eingeräumt. Wo die Parteien die Vertretung durch einen Justizkommissar suchen, da hat dieser den Prozeß wieder ganz ungehindert nach seinem eignen, nur von der Berathung mit der Partei geleiteten Ermessen zu führen. Das Gericht hat fernerhin nur eine formale Aufsicht. Der schriftliche Prozeß ist seiner materiellen Führung nach ausschließlich in den Händen der Sachwalter, eben so alle Durchführung von Rechtsmitteln.

Das kann nicht anders, als von den wichtigsten Folgen sein. Selbst auf die Gerichte wird dies wohlthätig zurückwirken.

„Nichts ist mehr geeignet, den Richter in Regsamkeit, in der Höhe seiner Stellung, in Haltung und Tüchtigkeit zu erhalten, als wenn ihm ein unabhängiger Advokatenstand gegenübersteht, der eine eigne, feste Stellung im Prozesse einnimmt."

An den Advokaten ist es nun, das ihnen bewiesene volle Vertrauen, dem sie die Zurückgabe dieses wichtigen Rechts verdanken, den Gerichten und den Parteien gegenüber zu rechtfertigen.

Die ihnen angewiesene Stellung bringt ihnen keine Schwierigkeiten weiter. Ihre Stellung wird eine gerade so hohe und gerade so wichtige sein, als sie selbst sie zu nehmen und durchzuführen wissen werden.

Auch hier werden freilich die Uebergänge nur allmälige sein, auch hier stehn unbedenklich weitere Entwicklungen bevor,

die in allgemeiner befriedigenden Erfolgen nicht von der nächsten Zeit erwartet werden können.

Aber das Bedürfniß tritt sofort in seiner ganzen Fülle hervor, und, wie es schon an sich geeignet ist, ein ganz anderes Interesse für die Rechtssachen in Anspruch zu nehmen, als dies bisher bei der früher erwähnten herabgedrückten Stellung der Justizkommissare der Gerichtsordnung möglich war, so wird es sich auch bald eine gewiß erfreuliche — wenn auch noch beschränkte — Befriedigung schaffen. Es werden immer mehr Männer hervortreten, deren Name allein schon einer Sache zur Legitimation dient, welcher sie sich widmen und die mit Aufgabe jeder Berufsthätigkeit untergeordneter Art nun in ganz anderer Ausdehnung sich der ehrenvollen Prozeßpraxis zuwenden werden, welche ihnen die vollste innere Befriedigung zu gewähren jetzt ganz geeignet ist. Gutes Beispiel wird hier aber um so kräftiger wirken, als es sich hier von einem Stande handelt, in dem die einzelnen Persönlichkeiten mit einander in lebendigste Konkurrenz treten.

Daran lassen sich aber noch andere Hoffnungen knüpfen. Es steht nichts entgegen, daß nicht dem Advokatenstande der Eintritt in die Richterstellen, nach Umständen sogleich in die höchsten, offen sein sollte; im Gegentheil können wir nur wünschen, daß man auch diesem Stande eine solche Laufbahn als eine wenigstens mögliche öffnen möge. Bisher fand ein solcher Uebergang fast nie statt. Er lag außer aller regelmäßigen Aussicht. Dazu haben mancherlei Gründe gewirkt. Der Eintritt in die höchsten Richterstellen hatte schon das gegen sich, daß darin — nach den bisherigen Verhältnissen — ein zu auffallendes Ueberschreiten der Grade gefunden sein würde.

Der § 462 des Anhangs zur Gerichtsordnung bestimmt, die Justizkommissare seien als wirkliche Staatsdiener anzusehn. Nach § 3 Tit. 7 Th. III der Gerichtsordnung wird denen unter ihnen, die sich besonders auszeichnen, in Aussicht gestellt, daß sie mit dem Charakter eines Justizkommissionsraths begnadigt werden würden. Das ist auch geschehn. Mit diesem Charakter erhielten sie den Rang hinter den Räthen der Obergerichte und vor den Obergerichtsassessoren. Man sieht, wie ihre Stellung ohne eine solche Begnadigung angesehn wurde.

Uns ist es nie gelungen, mit jener Bestimmung des § 462 des Anhangs einen klaren Sinn zu verbinden. Bei der geänderten Stellung der Advokaten (wir würden sehr wünschen, daß ihnen nun auch dieser Name wieder gegeben würde) verliert der Paragraph unsers Erachtens alle Bedeutung. Advokaten sind eben so wenig als landesherrliche Beamte anzusehn, wie die Aerzte. Jeder von ihnen erhält, insofern nicht ausdrückliche Verordnungen äußerlich hindernd einwirken, seine Stellung so hoch, als seine Persönlichkeit Anerkennung und Achtung in Anspruch zu nehmen geeignet ist. Er kann sie in allgemeinster Zustimmung unter den Ersten erhalten.

Die Ansicht, Richteramt und Advokatur seien etwas in sich zu Verschiedenes, als daß ein Uebergang von der letztern zum erstern angemessen wäre, faßt die Sache in einem viel zu niedrigen Gesichtspunkte auf. In beiden ist nicht die Routine, die Gewöhnung das hauptsächlich Förderliche. Sie kann unter Umständen selbst nachtheilig wirken.

Richter und Advokaten haben im tiefsten Grunde denselben Beruf, das gute Recht zu stützen und zu schützen. Der gleiche Beruf zeigt sich nur bei beiden in verschiedener Richtung wirksam.

In England führt nur der Advokatenstand zu den höchsten richterlichen Stellen. Nur frühere Advokaten werden Präsidenten des Oberhauses. Freilich treten nur Männer in diese hervorragenden Stellungen ein, die vorher schon persönlich so hoch standen, daß in dem Eintritt überall nichts liegt, was auffallen kann und auffällt.

Wie wohlthätig würde es aber auf die unerläßliche Freiheit der Anstellungen einwirken, wie würden sich daran die Anstellungsprincipien erweitern und erfrischen können, wenn auch den Advokaten die Richterstellen wieder zugänglich würden.

Nach einem Laufe der Dinge, den Niemand gewollt, aber auch Niemand vorausgesehn hat, drängte es mit diesen Principien, wie sie wenigstens vielfach beansprucht wurden, zu einem Ziele hin, als handle es sich dabei fast nur von einem Rechenexempel. Daß man den Schaden erkannt hat und Abhülfe sucht, zeigen die Erfahrungen neuester Zeit.

Mag man den von uns angeregten Gedanken den Auffassungen nach, an die man sich einmal gewöhnt hat, jetzt noch auffallend finden, wir hoffen, daß die Zeit nicht sehr fern sein wird, in der Niemand mehr etwas Unangemessenes darin wird erkennen wollen.

Wenn wir alles überblicken, worauf uns — abgesehn von untergeordneten Nebenpunkten — unsre Bemerkungen geführt haben, so müssen wir das Hauptergebniß der neuen Civilprozeßgesetzgebung in folgende zwei Sätze zusammenfassen:

I. Der Fundamentalgrundsatz der Preußischen Prozeßordnung ist jetzt an sich und in seinen Konsequenzen vollständig beseitigt;

und

II. die Haupt- und Grundprincipien des gemeinen Deutschen Prozesses sind jetzt die, auf welche der neue Preußische Prozeß auferbaut ist.

Die Richtigkeit des ersten Satzes wird, meinen wir, kaum in Zweifel gezogen werden. Wir sehn damit die Prozeßordnung als ein geschlossenes Ganze und gerade in dem, was ihr den individuellen Charakter gab, in ihrer Hauptgrundlage wie in der ganzen Konstruktion ihres Verfahrens von uns scheiden. In untergeordneteren Theorien kommt sie noch zur Anwendung. Es wird dabei darauf zu achten sein, daß diese Anwendung nicht eine Ausdehnung gewinne, in der sie mit klaren Grundsätzen der neuen Prozeßgesetze in Widerspruch kommen würde. Treten dabei ab und zu Zweifel ein, so kann darin eine Aufgabe gefunden werden, an der sich gute Kräfte üben und bewähren können. Auch dadurch wird das gute Werk weiter gefördert werden.

Haben wir auch die Prozeßordnung in ihren Grundprincipien scharf angreifen müssen, so hindert das doch nicht das vollste Anerkenntniß des Guten, was sie wirklich geschafft hat. Sie war gewiß nicht geeignet, tief in gute Prozeßtheorien einzuführen, sie hat aber Großes darin geleistet, daß sie sehr tüchtige, gewandte Geschäftsmänner gebildet hat, Männer, die gewohnt sind, ihre Kräfte dranzusetzen, unermüdlich, regsam und thätig. Zu allen Zeiten sind unsre so ausgebildeten Ju-

risten in allen Verwaltungszweigen gesuchte Mitarbeiter, sie sind in allen immer mit unter den Ersten gewesen.

Aber der Gerichtsordnung ist noch Wichtigeres nachzurühmen. Mit unter ihrem Einflusse hat sich der durchaus rechtliche Richterstand gebildet, der gerade in dieser Eigenschaft so ehrenwerth dasteht. Kein Land und keine Deutsche Provinz hat ihn — wir halten uns im billigsten Maaße — hierin besser aufzuweisen.

Sieht man auf manche Stellen des Projekts zum Codex Fridericianus von 1766, so ist klar, sehr wichtige Besserungen, die Friedrich II. erreichen wollte, sind wirklich erreicht.

Aber freilich Geschäftstüchtigkeit und Rechtlichkeit der Richter genügt nicht, um bei verfehlten Haupttendenzen des Verfahrens dem Lande einen guten oder auch nur einigermaßen genügenden Prozeß zu geben. Es wird wohl erst später ganz klar erkannt werden, wie groß die Wohlthat ist, daß diesen Richtern ein angemesseneres Feld ihrer Thätigkeit überwiesen wird. —

Besonders wichtig ist aber unser zweiter Satz. Wir sind danach der Ansicht, daß unser neuer Prozeß ganz dieselben Haupt- und Grundprincipien mit dem gemeinen Deutschen Prozesse hat.

Wir selbst bitten, diesen Satz der genauesten und sorgfältigsten Prüfung zu unterwerfen.

Wird er richtig gefunden, so ist es gewiß Pflicht, ihm nicht auszuweichen, ihn nicht zu modificiren und nicht zu halbiren, sondern sich zu ihm ohne Rückhalt und in allen seinen Folgerungen zu bekennen. Man eignet damit sich und unsern Institutionen alle die Schätze Deutscher Prozeßwissenschaft an, von denen wir oben sprachen.

Findet man ihn nicht richtig, so ist dringend nöthig, daß zum Bewußtsein gebracht werde und zur Aussprache komme, wie eigentlich die Sachen stehn.

Wir meinen, darin liegen Aufgaben für die interessantesten Untersuchungen. Mögen ihnen die besten Kräfte zugewandt werden.

Gewiß werden sich, wir kommen darauf zurück, Anfangs manche Verlegenheiten, manche Konflikte erzeugen. Solche Konflikte müßten scharf in's Auge gefaßt und bald klar dargelegt werden. Gerade der neueste Gang der Dinge läßt mit vollem Vertrauen erwarten, daß jede legislative Hülfe, welche wirklich unerläßlich ist, nun auch bald werde gegeben werden. Bedarf es einer solchen legislativen Einschreitung nicht, kann die nöthige Hülfe ohne sie geschafft werden, so ist das um so besser; es dürfen dann aber auch die Kräfte hiezu nicht fehlen. Nur daß solche Hülfen unbedingt nie in einer Abschwächung der Haupttheorien gesucht und in Zulassung von Inkonsequenzen gefunden werden. Das wäre das Uebelste, was eintreten könnte. Glaubt man z. B., daß die strenge Durchführung der Eventualmaxime in manchen, mit besondern Umständen begleiteten Fällen zu große Härten mit sich führen würde, solche Härten, auf die abhelfend einzugehn, der Richter nicht ablehnen kann, so ist dann nicht das Richtige, jenem Grundsatze auszuweichen und ihn etwa theilweis zu beseitigen. Es wäre das schon deshalb etwas ganz Unzulässiges, weil damit in der Regel bereits erworbene Parteirechte verletzt werden würden. Es muß vielmehr dann die Frage zur gründlichsten Erörterung kommen, wie in weiterer Ausbildung unsers Prozesses die mit dieser Theorie in Einklang tretende ergänzende Theorie zu stehen kommen müsse. Die Ab-

hülfe würde in dem gegebenen Falle in dem Restitutionsverfahren liegen, dessen Regulirung die schwierigste Aufgabe aller Prozeßordnungen ist, und Gegenstand der Prüfung wäre für jetzt, ob und wie etwa schon die jetzige Lage der Gesetzgebung Mittel gewähre, für klare Härten Abhülfe zu finden. Soll irgend unser Prozeß zum erwünschten Ziele gelangen, so dürfen nie im Zurückdrängen, sondern immer nur im Durchführen der Theorie solche Abhülfen gesucht werden. Gerichte, welche dies festhalten und in dieser Richtung verfahren, werden schwerlich rathlos bleiben, denn die auf Wissenschaft gegründete und wohlgeleitete Praxis hat als solche auch ihre Rechte und findet jetzt um so mehr ihre Legitimation und ein Gebiet für ihre Einwirkung, da sie nun wieder Ausgangspunkte gewonnen hat, die wissenschaftlich Stich halten und unzweifelhafte, folgerichtige Ableitungen zulassen.

Ist aber unsre Ansicht, daß wir nun wieder auf der Grundlage des gemeinen Deutschen Prozesses stehn, richtig, so eröffnet sich damit noch eine andre Aussicht, auf welche wir ein ganz besonderes Gewicht legen müssen.

Die Deutschen höchsten Gerichte des gemeinen Prozesses, die Celle'schen, Dresdner, Kassel'schen, Lübecker, Greifswalder, Rostocker rc. Ober-Appellationsgerichte haben sich untereinander von jeher als gewichtige Autoritäten in Prozeßfragen angesehn. Eines nahm Kenntniß von der Entwicklung, die sich ein Prozeßrechtssatz beim andern verschaffte und legte auf einen solchen Fortschritt, zu dem die Praxis einer höchsten Prozeßautorität nach dem Vorgange der Wissenschaft sich verstand, das größte Gewicht. In gewissem Maaße entstand dadurch eine Gemeinschaft der Fortentwicklung eines auch thatsächlich allgemeinen Deutschen Prozesses, jedenfalls

lag darin eine Gemeinsamkeit der Arbeit an dieser Fortentwicklung. Unsers Erachtens ist kein Hinderniß mehr, daß Preußen jetzt in diese Gemeinschaft wieder eintritt. Das Ziel, auf welches unser Wunsch von jeher hinging, würden wir aber erreicht finden, wenn wir in den Preußischen Gerichtshöfen Celle'sche, Dresdner ꝛc. Präjudikate und umgekehrt, in Celle, Dresden, Kassel ꝛc. Preußische Präjudicien in Prozeßfragen unbefangen citirt sehen könnten.

Geschieht dies aber erst in Prozeßfragen, so wird dann vielleicht erkannt werden, daß auch im materiellen Recht eine viel tiefer gehende und viel ausgebreitetere Verwandtschaft zwischen allen Deutschen Ländern besteht, als jetzt der Regel nach vorausgesetzt wird, und daß es, zur Erlangung der heilsamsten Erfolge nur darauf ankommt, auch hier das Gemeinsame so weit wieder zur vollen und zur bewußten Geltung gelangen zu lassen, als es nicht durch neuere individuelle Gesetzgebung gestört ist, oder — — als etwa eine hierüber sich aufklärende Legislation ihm wieder freien Raum zu gewähren sich entschließt.

Das führt aber weit über den Zweck unsrer Bemerkungen hinaus.

Wir schließen diese damit, daß wir das neue Prozeßgesetz aus ganzer Ueberzeugung als einen Fortschritt bester Art begrüßen.

Druck von Eduard Haenel in Berlin.

Münster

BSB Bayerische StaatsBibliothek

MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Goetze, A. W.

Das neueste Preußische Civilprozeßgesetz vom 21 Juli 1846 Seine Stellung zur Prozeßordnung v. J. 1793 und zum gemeinen Deutschen Prozesse

Berlin 1846

J.pract. 93 h

urn:nbn:de:bvb:12-bsb10554127-1